DOUTRINA

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO

LAFAYETTE PONDÉ*

Noção e conceito. Ato complexo. A lei e o ato administrativo. Diversas fases do processo. Vícios. Lei reguladora. Concurso. Contencioso administrativo. Audiência do interessado. Conclusão.

Quando a norma de organização administrativa estabelece que a ação de um órgão deve ser precedida de outros atos da própria administração, ou de um outro sujeito de direito, todos porém articulados em um nexo comum, diz-se que existe um processo administrativo. Esses atos assim coordenados condicionam o exercício do poder jurídico atribuído àquele órgão de tal modo que se ele atua sem este processo, ou em termos de um processo nulo, sua ação é viciada de "incompetência". A expressão tem sido também usada, na teoria geral dos atos administrativos, para indicar o ciclo de formação de alguns desses atos — os de elaboração continuada, como o ato complexo e o ato colegial. Neste caso, ela diz da "perfeição" desses atos, isto é, da presença dos seus elementos conceituais, não uma seriação de atos diversificados entre si. O ato complexo, o ato colegial, cada um deles resulta de sucessivas manifestações de vontade, da mesma natureza e de finalidade comum, à base de uma norma que lhes dá relevância jurídica, mas nenhuma delas exprime, por si só, a vontade da administração, nem configura um ato jurídico específico. O ato complexo, o ato colegial, cada um deles é um ato único, indivisível, embora na sua formação se destaquem os seus momentos estruturais, um dos quais faltando ele não existe. O conceito está bem definido por OSVALDO A. BANDEIRA DE MELO: "São operações dentro de um órgão administrativo e mesmo entre mais de um órgão administrativo, que não constituem atos jurídicos autônomos e correspondem simplesmente

* Professor de direito administrativo na Universidade Federal da Bahia.

à manifestação de vontades parciais para perfazer vontade única e, portanto, expressar um só ato jurídico."[1]

Ato complexo é, por exemplo, um decreto, mas também é a lei formal. Um e outro constituídos de "operações" singulares, nenhuma das quais valendo com ato específico: no decreto, a participação do presidente da República e a do ministro (Constituição, art. 85, I, *in fine*); na lei, a do Legislativo e a do Executivo ou, quando ocorra o veto deste, uma outra manifestação de vontade daquele, em um novo momento de seu funcionamento. O ato colegial é um ato simples, expressão de um órgão único, posto que sua vontade formada das diversas manifestações dos votantes, nenhuma das quais isoladamente é ato imputável ao *collegium,* à administração, de que este é órgão.

Em seu sentido próprio, ou restrito, o processo administrativo é uma seriação de atos, cada qual de uma categoria jurídica. O defeito ou a falta de um ou mais deles não obstam a sua *existência,* ainda que o possam viciar. Cada um é um ato *perfeito,* no sentido de ser constituído de seus elementos de formação; e todos se articulam e se coordenam como exercício da função administrativa para emissão de um *ato final* da administração, "onde la produzione degli fatti giuridici voluti e il conseguimento dello scopo pratico corrispondente sono il risultado del concorso di tutta la serie degli atti a tal fine dalla legge preordinati. In questi casi, considerando tutta la serie degli atti nel loro complesso, come preordinati dalla legge ad un scopo, si parla di procedimento amministrativo."[2]

A noção não é privativa da administração, mas uma forma de exercício da atividade do Estado. Este é, por definição, uma organização jurídica e dificilmente se pode compreender que seus atos se realizem pela só vontade de um único dos seus agentes (as ordens de polícia, os sinais de trânsito constituem talvez os raros exemplos de tais atos, nem sempre, aliás, assim aceitos pela doutrina).

No processo legislativo, o ato final é a lei (Constituição, art. 46); no judicial, a sentença (Codigo de Processo Civil e Penal); no administrativo, um ato da administração.

2. Processo, ou procedimento, não há em rigor um critério fixo de distinção no direito administrativo: ora é o caráter jurisdicional do primeiro, nos

[1] Melo, Osvaldo A. Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo.* 1969. p. 478.

[2] Ranelletti, O. *Teoria degli atti amministrativo speciali.* 1945. p. 95; ———. *Le guarentigie della ginstízia nella púbblica amministrazione.* 1937. p. 117.

sistemas de dupla jurisdição, ora a ausência de interessados estranhos à administração, no segundo, ora a suposta analogia daquele com o processo judicial, ora a inutilidade mesma da distinção: "quando però si è cercado di fissare i tratti caratterizzanti il processo e il procedimento, alla sterilità della ricerca si è aggiunta qualcosa di più: la constatazione che processo giurisdizionale e procedimento amministrativo possono essere adibiti a ruoli equivalenti, almeno in fasce intermedie."[3]

3. Não há um tipo único de processo administrativo, mas diversos, conforme o ato final a cuja emissão se destinem. Esse ato final é um ato administrativo da mesma natureza dos demais atos da administração de que o processo se compõe e entre ele e estes atos há uma coordenação lógica necessária.

Julgamento de contas de responsáveis por dinheiros públicos, organização da proposta orçamentária, execução do orçamento (Lei nº 4.320, de 1964; Lei nº 6.223, de 1975; Decreto-lei nº 199, de 1967); controle interno e auditoria financeira do serviço público (Decreto nº 67.090, de 1970); autorização e concessão de pesquisa de lavra (Código de Minas); licença para caça (Código de Caça); derivação de águas públicas, aproveitamento industrial de quedas d'água (Código de Águas); licença para construção urbana (leis e posturas municipais); justificação e legitimação de terras públicas (Decreto-lei nº 9.760, de 1946); licitações para adjudicação de obras e serviços (Decreto nº 73.140, de 1973); registro de comércio (Lei nº 4.726, de 1965); determinação e exigência de crédito tributário (Código Tributário Nacional e Decreto nº 70.235, de 1972); disciplina dos funcionários públicos (Estatuto dos Funcionários); isenção ou redução do imposto de importação (Decreto nº 74.960, de 1974); participação dos municípios na arrecadação do ICM (Decreto-lei nº 834, de 1969), eis uma relação exemplificativa das leis e processos de atuação administrativa.

Ao contrário do que sucede com a função legislativa, regulada por inteiro pelo texto constitucional, e com a judicial, codificada em seus grandes campos, a regulação do processo administrativo é sucinta, diferente segundo a particularidade de cada caso. Admite-se, aliás, que um código minucioso,

[3] Giannini, M. S. *Diritto amministrativo*. 1970. II, p. 822; Benvenuti, F. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pùbblico*, v. 118, 1952; De Valles. *Elementi di diritto amministrativo*. 1951. p. 151; Cretella Junior, J. *Curso de direito administrativo*. 1975. p. 656; Virga, P. P. *Il provvedimento amministrativo*. 1968. p. 231.

mais do que inconveniente, seria inexeqüível; e nem mesmo nos regimes que adotaram uma lei geral do processo administrativo, não se esgotam nessa lei as diversas modalidades dele.[4]

4. Pode o processo consistir somente em atos da administração — atos internos de uma só entidade pública, ligados entre si em relações interorgânicas: esse é um processo interno, unitário ou unisubjetivo.[5] A administração é o único titular do interesse nele tutelado.

Nos processos bilaterais, plurissubjetivos, há a co-participação de outros sujeitos além da entidade administrativa a cuja função esses processos servem. Ainda aqui, o processo não perde sua característica de forma de exercício do poder administrativo, nele assegurada a proteção do interesse de que aqueles outros sujeitos são titulares perante a administração na relação jurídica de que ela e eles participam, regulada pelo direito substantivo. Em razão desse interesse pessoal e direto na relação a que o ato da administração possa tocar, o respectivo titular toma no processo a posição de *interessado — parte interessada.* Um tal interesse poderá coincidir ou não com o interesse da entidade administrativa: no processo de concurso, para provimento de cargo público, ou no de licitação para um contrato administrativo, os interesses se associam em um propósito comum. Diferentes, porém, são eles, em um processo repressivo.

Observe-se todavia que em não poucos processos unitários, em especial nos relativos a medidas de ordem econômica, hoje em número cada vez maior, tem sido admitida, senão convocada pela própria administração, a colaboração de grupos comunitários, mediante a participação de *representantes* destes grupos sobre os quais possam refletir-se, ainda que difusamente, as conseqüências práticas da projetada ação administrativa: uma "representação", não de vontade, mas de *interesses* em que os "representantes" interferem não *uti singuli,* mas em termos de colaboração para maior acerto e eficiência da atividade administrativa — um expediente mediante o qual se tenta converter numa fórmula de democracia real a democracia puramente formal. Desse modo, *centros de referência* de interesses coletivos — associações de classe, entidades profissionais, organizações econômicas — participam do processo para melhor informação sobre problemas e situações,

[4] Schwartz, B. *American constitutional law.* 1955. p. 295; Perez, Rita. L'istruzione nel processo amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pùbblico,* p. 623, 1966; Giannini, M. S. op. cit. p. 881; Sanduli, A. *Manuale di diritto amministrativo.* 1969. p. 376 e segs.

[5] Benvenuti. op. cit.

de que tenham especial conhecimento e vivência. Essa representação de interesses também se exerce sob a forma de composição de certos órgãos administrativos a que faz particular alusão o art. 177 do Decreto-lei nº 200, de 1967, e de que são exemplos o Conselho de Contribuintes (Decreto nº 43.194, de 1958, art. 42, § 1º) Conselho Diretor do Funrural (Lei Complementar nº 11, de 1971), os órgãos superiores das universidades e estabelecimentos de ensino superior (Lei nº 5.540, de 1968, art. 14) as associações de professores e de pais de alunos (Lei nº 5.692, de 1971, art. 62), as Juntas Comerciais (art. 15, Lei nº 4.726, de 1965) etc.

5. Costumam os estudiosos distinguir as diversas fases do processo — a inicial ou de introdução, a de instrução, a de decisão, a de controle — e nelas distribuem os atos que o constituem: o requerimento da parte interessada, a requisição, a proposta, a autorização, a admissão, o parecer, a notificação, o edital, a inspeção, a constatação, o "acertamento", a certidão, o atestado, o visto de autenticidade, o ato decisório, a aprovação, o registro. Uns são atos de vontade, outros, consultivos, uns têm caráter de negócio jurídico, outros são meros atos destituídos desse caráter, outros de certeza legal, outros decisórios, outros de controle, cada qual de uma espécie à parte, coordenados para a emissão do provimento final. Na sucessão desses atos, a omissão ou o defeito de um pode acarretar a invalidade do ato final, quando entre este e aquele existe um condicionamento estabelecido pela lei, ou um nexo lógico de causa e efeito. Embora possa o ato final, ele próprio, ser inoportuno, ou viciado de mérito, o vício de um ato do processo é um vício de ilegalidade,[6] pois mesmo quando esse ato é intempestivo ele assim o será em relação ao prazo legal estabelecido para sua emissão.

O vício do edital, em um processo de concurso para cargo público ou de licitação, anula todos os atos processuais: sobre ser o instrumento da *publicidade* legal do processo, o edital, por definição, no caso, condiciona o poder jurídico da administração para o provimento final. Já o vício de inscrição de um dos concorrentes, por defeito de idade, por exemplo,[7] somente atinge a situação pessoal desse concorrente. A falta de um parecer facultativo não repercutirá sobre os atos do processo, os quais serão válidos ou inválidos, segundo correspondam ou não às exigências de sua própria formação. Já o parecer obrigatório condiciona o exercício da competência do órgão decisório e, posto seja a este lícito agir em desacordo com o parecer, mediante jus-

[6] Giannini. op. cit. II, p. 931.

[7] *Revista dos Tribunais*, v. 208, p. 382.

tificação expressa dos seus motivos de divergência, a sua falta anula a decisão, sem possibilidade de convalidação.[8] No caso de parecer vinculante, este condiciona o conteúdo mesmo da decisão;[9] exemplo disto é o art. 47 da Lei nº 5.540, de 1968, segundo o qual o reconhecimento de um estabelecimento de ensino superior somente é válido se favorável o prévio parecer do Conselho de Educação, federal ou estadual, conforme o caso.

6. Em princípio, a lei que regula os atos do processo é a da data em que sejam realizados. Ao enunciar essa regra de aplicação imediata das normas do processo, Raggi adverte de logo que essa regra, na prática, "ha dato a contestazioni gravissime."[10]

— As leis sobre a competência dos órgãos participantes do processo seguem essa regra. Não há na ordem administrativa a vinculação dos órgãos ao processo. A competência é a medida do poder jurídico atribuído a cada qual dos agentes administrativos e se um destes perde esse poder, ou se a nova lei dispõe diferente sobre o exercício desse poder, não tem mais esse agente como interferir no processo e, se o faz, sua interferência é um ato *ultra vires*. Por outro lado, se a nova lei modifica a formação ou a eficácia dos atos processuais, aqueles já emitidos podem subsistir; por exemplo, em um concurso para provimento de cargo, se a nova lei altera os requisitos pessoais da inscrição, ou sua formalidade, ou a composição da comissão julgadora, ou o prazo ou a forma da realização das provas, ficam excluídos de sua aplicação os atos processuais já efetivados na vigência da lei anterior: "Ove la procedura di un concurso si divida in fasi tra loro coordinate ma dotate, pur sempre, di una certa autonomia, per il principio dell 'irretroatività e per esigenze di economia dell' azione amministrativa, una nuova legge può trovare applicazione solo alle fasi del procedimento non ancora esaurite."[11] A mesma regra — *tempus regit actum* — também vigora se a nova lei altera os requisitos de provimento do cargo: nesse caso, a nomeação rege-se por essa lei e o processo, regido pela lei anterior, perde seu objeto, em relação aos candidatos que não preencham os novos requisitos legais. Isto parece inteiramente fundado, porque: a) o provimento dos cargos públicos é um fato jurídico e como tal obedece à lei vigente na data de sua ocorrência; b)

8 *Revista dos Tribunais*, v. 249, p. 287; *Révue de Droit Public*, p. 1 095, 1954; ibid. p. 396, 1956; ibid. p. 349, 1957; ibid. p. 189, 1967; *Foro Amministrativo*. v. 1, n. 2, p. 675-6, 1971; Vita, C. *Diritto amministrativo*. 1939. t. 1, p. 224 e segs.

9 *Revista dos Tribunais*, v. 249, p. 353; ibid. v. 224, p. 596; ibid. v. 225, p. 579.

10 Raggi. *Diritto amministrativo*. t. 3, p. 240.

11 *Const. di stado in foro amministrativo*. 1970. t. 1, p. 1 173.

o concurso é um processo à parte, que precede a esse provimento e com ele não se confunde; seu objeto jurídico é "habilitar" candidatos à nomeação ou, em outros termos, é colocar esses candidatos numa ordem de vocação a serem chamados para o provimento do cargo: "Le succès au concours confère une vocation à l'emploi mis au concours, mais non un droit à cet emploi";[12] c) o concurso tem caráter *instrumental,* em relação ao provimento mediante a nomeação, *ato substancial* este último, a cuja emissão aquele se destina; d) concurso e nomeação são duas figuras jurídicas nitidamente distintas. Se a nova lei modifica os requisitos da segunda, a primeira (o concurso), em desacordo com esses requisitos legais, fica inoperante: "A prima vista si potrebbe ritenere che le nuove norme non si possono applicare a colui che è già stato ammesso al concorso. Ma non è questa la risoluzione esatta di questa questione. Bisogna infatti tener presente che i requisiti richiesti dalla legge non si domandono già per l'ammissione al concorso, ma per poter ottenere la nomina nel caso che si riesca vincitori; il loro possesso è una condizione, cioè, per poter ottenere l'impiego.[13] Esse entendimento se concilia com a orientação do nosso direito adotada pela jurisprudência: "Constitui mera expectativa, e não direito adquirido, a situação do candidato inscrito em concurso; a lei posterior pode alterar as respectivas condições."[14] No mesmo sentido: "A aprovação em concurso, por si só, não caracteriza direito adquirido à nomeação. ... Podia, pois, a lei criar novos cargos e estabelecer para o seu provimento novas exigências, sem ofensa ao direito adquirido da recorrente."[15]

7. Em todos os processos, a decisão final é sempre um ato administrativo unilateral, ainda quando se trate de processo plurisubjetivo e tenha caráter contraditório. Processo contraditório é aquele em que é assegurado às partes interessadas o direito de contestar a pretensão que lhes for contrária, de

[12] Waline, M. *Précis de droit administratif.* 1970. t. 2, p. 36; Jèze, G. *Les principles générales de droit administratif.* 1930. t. 2, p. 475; Auby, J. M. & Ader. R. Ducos. *Précis de droit administratif.* 1967. p. 83; Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo,* v. 106, p. 169; id. ibid. v. 90, p. 88; id. *Revista Trimestral de Jurisprudência,* v. 49, p. 432.

[13] D'Alessio, F. *Istituzioni di diritto amministrativo.* 1949. t. 1, p. 201; Vita, C. *Diritto amministrativo.* t. 1, p. 91; Bodda. *Diritto amministrativo.* 1954. p. 30.

[14] Cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo,* v. 35, p. 186; ibid. v. 26, p. 68; *Revista Forense,* v. 101, p. 105; *Revista dos Tribunais,* v. 402, p. 401; *Revista Trimestral de Jurisprudência,* v. 56, p. 652; ibid. v. 49, p. 432; Tribunal de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo,* v. 26, p. 60; ibid. v. 70, p. 147; *Revista dos Tribunais,* v. 186, p. 332.

[15] Cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo,* v. 32, p. 114; ibid. v. 26, p. 68.

modo que nenhum elemento novo pode nele ser introduzido sem prévio conhecimento delas. Esse direito decorre da garantia processual de igualdade de tratamento: "Ocorre tuttavia affermare che il contraddittorio è sopratutto la realizzazione della astratta eguaglianza delle parti nell'ambito del processo."[16]

Posto nele não haja litígio, ou situação objetiva contenciosa, senão debate, ou contestação, para emissão de um ato de substância administrativa, esse processo tem sido também chamado de "contencioso", embora com evidente ambigüidade.[17] Assim o fez o novo art. 203 da Constituição, contrariando o sentido tradicional da expressão em nosso direito, de função jurisdicional exercida por tribunais ou agentes da administração fazendária "nas matérias de sua competência de natureza contenciosa", (com) a autoridade e força de sentença dos Tribunais de Justiça;"[18] ou, em outras palavras, *justiça administrativa,* "mais ou menos organizada de acordo com os princípios respectivos do direito francês".[19]

Diz o art. 203 da Constituição que o contencioso administrativo não terá natureza jurisdicional. Em outros termos: a decisão da matéria nele apreciada não será uma sentença, mas um ato administrativo de que caberá recurso de qualquer das partes para o Tribunal Federal de Recursos.[20]

No direito americano, leis especiais admitem que alguns organismos administrativos podem investigar e decidir sobre fatos, mediante processos sujeitos à revisão dos tribunais judiciários.[21] Esses processos são tidos como *quase judiciais,* pelas garantias que asseguram às partes interessadas. Não obstante, comportam recurso "ai tribunali ordinari proprio per il fatto che il processo davanti ai tribunali amministrativi non è considerato

16 Benvenuti, F. *L'istruzione nel processo amministrativo.* 1953. p. 134 e segs.

17 Uruguai. *Ensaio sobre direito administrativo.* 1862. t. 1, p. 140; Sandulli, A. *Novissimo Digesto Italiano.* verb. *procedimento amministrativo,* nº 4; Virga, P. *Il provvedimento amministrativo.* 1968. p. 546; Cretella Junior, J. op. cit. p. 676.

18 Decreto nº 2 343, de 29.1.1859, art. 25; Decreto nº 124, de 5.2.1842, art. 24; Aviso nº 268, de 3.10.1859; Aviso nº 348, de 20.7.1862.

19 Lessa, Pedro. *Do Poder Judiciário.* 1915. p. 143; Uruguai. op. cit. p. 84, 138 e segs.; Ribas, A. *Direito administrativo brasileiro.* 1866. p. 143; Pereira do Rego, V. *Compêndio de repet. escr. sobre elementos de direito administrativo.* 1877. p. 138 e segs.; Cavalcanti, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado.* 1904. p. 496 e segs.; Supremo Tribunal Federal. *Revista do Supremo Tribunal,* v. 5, p. 353; Supremo Tribunal Federal. In: Azevedo. *A Constituição interpretada pelo Supremo Tribunal.* 1925. nº 675; Viveiros de Castro. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo.* 1914. p. 673 e segs.

20 Constituição, art. 122, II.

21 Rabasa. O. *El derecho anglo-americano.* 1944. p. 488 e segs. Forkosch, M. D. *A treat. adm. law.* 1956. p. 296 e segs.; Schwartz, B. *Const. law.* 1955. p. 290 e segs. ———. *Le droit administratif américaim.* 1952. p. 102 e segs.

una tutela adeguata dei diritti di libertà sostanziali e procedurali, cosi da impedire al privato di farsi a meno di un ulteriore tutela di questi diritti per mezzo di un autentico processo giudiziario."[22]

8. A instrução contraditória protege o indivíduo contra o poder coercitivo da administração e submete o processo a regras fundamentais, independente de texto escrito, decorrente do conceito universal de *justiça natural,* fixado em séculos de lutas e civilização.

A primeira dessas regras é a de que ninguém pode ser juiz e parte em um mesmo processo — "the first and most fundamental principle of natural justice."[23] Dela é corolário a de que ninguém pode decidir um processo, suspeito de parcialidade: "É nulo o processo em que o prefeito, além de inimigo do servidor, serviu como testemunha e como julgador."[24] "A suspeição, uma vez declarada ou afirmada, invalida todo e qualquer pronunciamento; não é relativa apenas às decisões judiciais, mas pertinente também às resoluções puramente administrativas, desde que representem decisão", ainda quando esta decisão seja ato de órgão colegial, de que participe o suspeito[25]. A nulidade da decisão colegial, quando dela participe o suspeito, é firmemente fundada na doutrina: "Il principio secondo cui i publici amministratori non possono participare alle deliberazioni di collegi amministrativi quando essi abbiano un interesse diretto rispetto ai rapporti oggetto della deliberazione... si applica a tutti gli organi collegiali amministrativi, senza che occorra che i singoli casi di incompatibilità o di astensione dal partecipare alle deliberazioni dei collegi siano espressamente indicati con prescrizione di leggi, in quanto è canone di correttezza oltre che giuridico che non prenda parte alla deliberazione colui che ha un proprio interesse, in quanto indubbiamente egli sarebbe anche inconsciamente portato a sviare l'apprezzamento dall' interesse pubblico che è fondamento e che deve presiedere a tutti gli atti della pubblica amministrazione."[26] Nesse princípio fundamental assenta a garantia da imparcialidade administrativa. Por isto o mesmo Conselho de Estado declarou nulo o concurso para provimento de cargo de magistério, de cuja comissão julgadora participou professor do qual era assistente um dos candidatos: "Infantti l'esistenza di un rapporto di collaborazione e di fiducia tra i professore e l'assistente inducono a retinere che il primo non

[22] Adams, J. C. *Il diritto amministrativo americano.* 1957. p. 47; Hart, J. *An introd. administr. law.* 1950. p. 461 e 713; Schwartz, B. *Le droit adm. amér.* p. 87.
[23] Phillips, O. H. *Constitutional and administr. law.* 1967. p. 630.
[24] Cf. acórdão do Tribunal de São Paulo. *Revista dos Tribunais,* v. 232, p. 257.
[25] Sentença do Juiz Dimas Rodrigues de Almeida, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. In: *Revista de Direito Administrativo,* v. 45, p. 125.
[26] *Cons. di stato in foro amministrativo.* 1970. t. 1, p. 998 e 1 023.

possa serenamente ed obbiettivamente valutare — nell'ambito della procedura di esame — la capacità del secondo;"[27] e no processo de concorrência não se admite cláusula do edital "de cartáer discriminatório, destinada a afastar determinado concorrente;"[28] nem que faça parte de uma Comissão aquele que se apresente "vis-à-vis de l'intéressé dans une situation d'animosité personnelle particulièrement vive."[29]

Da segunda regra — *audi alteram partem* — foi dito, em 1723, no caso Bentley, que ela é de inspiração divina e protege o homem desde a sua criação: "even God himself did not sentence upon Adam before he was called upon to make his defence."[30]

Quando a lei estabelece que uma medida administrativa não pode ser tomada sem prévia oportunidade para que o interessado possa falar sobre ela, a decisão sem essa audiência é uma decisão ilegal. Mesmo sem texto expresso, entende-se que o ato é inválido. Este princípio tem sido reconhecido em nosso direito: assim, o funcionário em estágio probatório tem direito a impugnar o parecer contrário à sua confirmação no cargo[31] e o Supremo Tribunal tem decidido que em nenhum caso esse funcionário pode ser destituído sem essa prévia audiência;[32] no caso de anulação de concurso, em virtude do qual já tenha havido nomeação de candidato nele aprovado, não pode esta ser desfeita sem ser ouvido o nomeado;[33] no caso de remoção de funcionário, embora possa esta ser efetivada discricionariamente pela administração, dependerá de prévio processo e da audiência do interessado, quando decretada como penalidade.[34]

Quando se diz que a audiência do interessado é um direito fundamental, deve isto ser entendido não como simples formalismo, mas que "o importante é a substância, não a sua forma."[35] Isto quer dizer que essa regra, de validade universal, envolve tanto o direito de conhecer por inteiro todos os atos e elementos informativos do processo, de modo a poder o interessado

[27] *For. amministr.* 1969. t. 1, p. 1 078; *Révue de Droit Public,* p. 1 055, 1960; ibid. p. 329, 1967.
[28] Cf. acórdão TFR. *Revista de Direito Administrativo,* v. 37, p. 298; ibid. v. 86, p. 304.
[29] *Révue de Droit Public,* p. 1 055, 1960.
[30] Phillips, O. H. op. cit. p. 632.
[31] Estatuto, Lei nº 1 711, art. 15, § 5º.
[32] *Revista Forense,* v. 143, p. 244; *Revista de Direito Administrativo,* v. 68, p. 143; *Revista dos Tribunais,* v. 282, p. 809; TFR. In: *Revista Forense,* v. 143, p. 244; TSP. In: *Revista dos Tribunais,* v. 268, p. 380; ibid. v. 280, p. 296; ibid. v. 261, p. 407; *Rev. Dir. Adm.,* v. 58, p. 92.
[33] Supremo Tribunal Federal. In: *Rev. Dir. Adm.,* v. 72, p. 71; ibid. v. 73, p. 120.
[34] Supremo Tribunal Federal. In: *Rev. For.,* v. 169, p. 168.
[35] Wade, H. W. R. *Diritto amministrativo inglese.* 1969. p. 279.

dar a esses fatos a versão que lhe pareça mais proveitosa, como o de fazer prova de suas alegações.[36] Nesse direito se inclui assistir pessoalmente e acompanhado de advogado à inquirição das testemunhas e reperguntá-las, tendo para isto prévia ciência do dia, local e hora da inquirição: "O funcionário deve ser citado para acompanhar os atos de instrução e produzir a prova ou defesa que tiver."[37] "O ato do chefe de comissão de inquérito administrativo, que impede ao advogado reperguntar as testemunhas, fere simultaneamente a plenitude do direito de defesa e a liberdade do exercício da advocacia, pelo que são nulas as declarações prestadas nessas condições."[38]

Na França, o Conselho de Estado tem admitido a validade da inquirição sem a presença do interessado, nos casos em que ela seja feita, não perante um conselho ou uma comissão, mas perante uma autoridade singular ("lorsque les témoignages sont produits devant un enquêteur unique"), contanto que seja dado àquele conhecimento do essencial dos depoimentos, a tempo de poder preparar sua defesa: porque, segundo essa orientação, o direito de defesa estará assim resguardado. Waline porém, impugna firmemente esse entendimento: "Cette argumentation ne nous convaince pas. S'il est permis, pour une fois, au commentateur d'évoquer un souvenir personnel — pour la prémière fois dans une longue carrière d'annotateur — il nous a été donné, en 1945, de présider une commision d'épuration. Entendant des témoignages accablants pour les agents poursuivis, nous avons régulièrement invité les témoins à renouveler leurs déclarations en présence de l'inculpé. Le résultat était, dans la grande majorité des cas, une rétractation spontanée du témoignage. Aussi pensons-nous que, bien plus que l'adage *testis unus, testis nullus* s'impose, dans toute procédure tendant à la recherche de la vérité sur des faits, la règle qu'un témoignage donné hors de la présence de l'inculpe est de bien peu de valeur comparativement à un témoignage fait devant lui. Les juges d'instrucle savent bien, qui recourent presque régulièrement à des confrontation".[39]

[36] Pactet, P. *Essai d'une theórie de la preuve devant la jur. administr.* 1952. p. 33 e segs., 115 e segs.; Wade. op. cit.; Schwartz, B. op. cit.
[37] Cf. acórdão do TSP. In: *Rev. Dir. Adm.*, v. 54, p. 364; STF. In: *Rev. Ser. Público*, v. 4, n. 3, p. 106, 1944.
[38] *Rev. For.*, v. 230, p. 146.
[39] Waline, M. *Rev. Droit Publ.*, p. 444, 1964.