

O DIREITO DE DEFESA NA CONCEPÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Luiz Alexandre Cruz Ferreira

Membro do Ministério Público de Minas Gerais.
Professor da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba.

Sumário

1. Introdução. **2.** Direito comparado e evolução histórica. **3.** Participação administrativa. **3.1.** Considerações preliminares. **3.2.** Contextos das experiências de participação. **3.2.1.** Contexto autoritário. **3.2.3.** Contexto democrático – Democracia formal. **3.2.3.** Contexto das democracias tradicionais. **3.3.** Contexto democrático politicamente avançado. **3.4.** Mecanismos de participação na administração. **3.4.1.** As audiências públicas. **3.4.2.** A lei de informação pública. **3.4.3.** Descentralização do poder político. **3.4.4.** Direito de iniciativa popular. **3.4.5.** Direito de veto popular. **3.4.6.** Direito de defesa. **4.** O direito de defesa do administrado perante a administração pública. **4.1.** Considerações preliminares. **4.2.** A garantia da defesa e o devido processo legal. **4.3.** O direito de defesa como pressuposto de eficácia do ato. **4.4.** O direito de defesa como pressuposto de eficácia política do ato. **4.5.** Elementos da garantia do direito de defesa. **4.6.** Campo de aplicação do princípio da defesa. **5.** O sistema português de garantias. **6.** Crise na participação e no direito de defesa – Críticas e conclusões. **7.** Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Desde a Revolução Francesa que se tem a noção mais ou menos clara que, num Estado Democrático, duas idéias são fundamentais: em primeiro lugar, será a lei, enquanto expressão da vontade geral, que

deverá regular as relações da administração pública (princípio da legalidade); de outro lado, sistema algum se sustenta em termos teóricos se não preconizar uma concepção clara e substancial dos direitos dos cidadãos e de regular seu exercício contra, inclusive, a poderosa administração. E isto ocorre porque, é bom que se diga, o cidadão é o destinatário dos atos da administração pública.

Tentaremos abordar neste trabalho as diversas formas de defesa do administrado contra atos da administração. Para tanto, me pareceu necessário abordar a própria participação administrativa, enfocando seu conteúdo e alcance. Sem maior profundidade, destarte, de todo conveniente uma análise breve sobre a disciplina estrangeira da matéria. Em conclusão, procurarei apontar a crise do sistema de participação e, como consequência, do próprio direito de defesa do administrado.

A participação administrativa pode ser resumida numa espécie de controle exercido pelo cidadão dos atos da administração. É corolário do princípio da neutralidade.

Pode-se dizer que as garantias administrativas estão contidas no direito de participação (na tomada das decisões) e no direito de defesa (relativo aos efeitos da decisão), que, em última instância, também é modalidade participativa.

Assim é que as garantias se dividem em políticas, administrativas (e estas se subdividem em petições e impugnações) e contenciosas.

As garantias políticas são aquelas previstas na Constituição e ensejadoras do exercício pleno dos direitos fundamentais.

Garantia contenciosa é a faculdade de litigar contra o efeito de um ato administrativo.

Garantias administrativas são aquelas que ensinam ao particular a possibilidade de pleitear a desconstituição de um ato administrativo, esteja ele concebido ou não. No primeiro caso, através da desconstituição propriamente dita, quer atribuindo-lhe defeitos, quer impugnando-o em seu mérito. No segundo caso trata-se do direito de pedir ao poder público que não edite um ato que poderia ser nocivo a interesses.

Estas garantias administrativas conferem ao particular modalidades de participação administrativa, vale dizer, por meio desses expedientes o particular atua ativamente na formação de um ato da administração. Por sua amplitude, a participação traz como corolário o direito de defesa contra a tomada de decisões administrativas. É este o assunto principal deste trabalho.

2 DIREITO COMPARADO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Professor *Eduardo García de Enterría*¹ informa que no Direito espanhol existe uma preocupação constitucional de proteger a titularidade de direitos fundamentais. A defesa destes direitos faz sucumbir, em algumas ocasiões, privilégios mundialmente conferidos à administração, como, por exemplo, a inversão da presunção sobre caráter suspensivo dos recursos.

É que, ocorrendo colisão de interesses entre a administração e o administrado, necessário perquirir em que se funda este litígio. Se se fundar em direito fundamental do cidadão, deve este prevalecer sobre aquele, porque previsto constitucionalmente.

É mais ou menos isto que ocorre no Brasil. Aqui com maior amplitude. É que a norma constitucional faculta o acesso ao Judiciário contra atos da administração. Este postulado assegura, sem dúvida, um sistema jurisdicional capaz de garantir a plenitude da defesa do administrado (jurisdicionalmente, entretanto. É certo que, também por princípio – e em regra –, deve prevalecer o interesse público ao particular. No entretanto, voltando ao Direito espanhol e à lição: nem sempre. Quando o interesse público for contrário ao interesse particular, em alguns casos deve o último prevalecer. Isto ocorre justamente quando o interesse particular tenha como característica postulado fundamental de garantia individual. Mas nem sempre foi assim.

A partir do desmantelamento dos estados totalitários e do fim do absolutismo, seria necessária a criação de meios de participação popular na defesa de direitos. Pois bem, para que este exercício se desse de maneira escorreita, urgia que a própria administração encontrasse barreiras na sua atuação, fato que inoconria até então.

Com o surgimento, na Itália, das *leggi provvedimenti* e na Alemanha das *Massnahme-Gesetze* como formas de aparecimento de uma supralegalidade constitucional, incutida na realidade jurídica da Europa a partir da Segunda Guerra Mundial, foi concebida a relação necessária entre o princípio da legalidade como informador da conduta da administração e do sistema de garantias individuais como corolário da liberdade do administrado.

1 Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *RDP* 89/09.

Esta evolução passa pela criação do Conselho de Estado Francês e da doutrina do *excés de pouvoir*. Ao Conselho foi delegada, em 1872, a jurisdição contenciosa-administrativa.

Pouco tempo depois, na Itália, a proteção substantiva dos interesses legítimos foi tema de uma regração material e distinta da que tradicionalmente era dispensada.

Na Espanha, somente em 1888 foi implementada esta fórmula técnica, que permitiu ao cidadão pleitear a observância da lei pela administração, recepcionando a teoria do excesso de poder francesa.

No Século XX, foram os Tribunais Constitucionais Europeus haurindo os ensinamentos da doutrina francesa e edificando a teoria de legalidade e das garantias individuais.

E a evolução foi paulatina.

Relevante e também digno de nota o posicionamento da Corte Suprema dos Estados Unidos que, na famosa Sentença Carolene, de 1938, estabeleceu um agrupamento dos temas da legalidade e dos direitos fundamentais.

Hoje os Estados modernos contemplam a matéria (Constituição italiana de 1947, a *Grundgesetz* alemã de 1949 e a Constituição espanhola de 1978), somente para exemplificar.

3 PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1 Considerações preliminares

É conhecida a crítica ao caráter formalista e pretendentemente neutro das teorias administrativas tradicionais. Em determinados casos, entretanto, ela é necessária por constituir-se em um verdadeiro mecanismo de defesa da exposição.

De qualquer forma, para se concluir acerca dos mecanismos de participação do administrado na tomada de decisões administrativas, necessário que se sejam algumas considerações sobre alguns dos contextos políticos em que são lançadas, demonstrando que, à medida que se desenvolve a democracia se desenvolve também as formas de participação popular.

3.2 Contextos das experiências de participação

3.2.1 Contexto autoritário

No contexto autoritário, as formas de participação, no máximo, revestem-se de legitimação indireta das decisões da administração. Evidentemente que o sistema de liberdades individuais não se coaduna com o regime autoritário.

3.2.2 Contexto democrático – Democracia formal

No sistema de democracia formal, *i.e.*, aquele em que há um Parlamento, pluralidade de partidos, liberdade de imprensa e de opinião pública, mas que falta a periodicidade de governo, o sistema de garantias individuais também não se pode considerar um modelo. É que, nestes sistemas, existe uma grande concentração de poder no Executivo, vale dizer, no poder encarregado da administração.

3.2.3 Contexto das democracias tradicionais

Também neste contexto não se pode dizer avançado o sistema de participação popular, conquanto melhor que nos precedentes. Os instrumentos são considerados como meios de areação do sistema e de canalização da vontade popular. A introdução de mecanismos de participação é comprometida.

3.3 Contexto democrático politicamente avançado

É aqui que reside a maior parte da instrumentalização de mecanismos de participação popular. Como característica do sistema, além das inerentes aos sistemas democráticos já citados, temos a existência de poderes independentes e harmônicos, com um sistema de freios e contrapesos, sem que ocorra a submissão de um poder ao outro. Esta a seara indispensável para um sistema eficaz de participação popular. Vejamos os métodos de participação mais utilizados, tecendo sobre eles breves considerações.

3.4 Mecanismos de participação na administração

3.4.1 Audiências públicas

Audiência pública é uma prática política de condicionamento da aprovação de um projeto de interesse público fundamental ou uma regulamentação de caráter geral à promoção de um debate público. Os atos administrativos pressupõem, já em sua concepção, a participação dos administrados. O cidadão tem oportunidade, antes da edição de um ato, de participar de um processo decisório, fazendo-se ouvir previamente à tomada da decisão.

3.4.2 Lei de informação pública

O cidadão tem direito de ter acesso a toda a documentação e arquivos da administração pública. É corolário do princípio da informação pública.

3.4.3 Descentralização do poder político

Neste sistema o que ocorre é uma forte autonomia regional, que se instrumentaliza de diversas formas, como, por exemplo, no Brasil, o sistema de saúde. O fundamento da participação popular reside na maior possibilidade de canais de acesso abertos ao cidadão, que, diante da proximidade das autoridades competentes para decidir, podem participar melhor da tomada de decisões.

3.4.4 Direito de iniciativa popular

É um mecanismo extremamente necessário, lembra *Pontes de Miranda*, sobretudo no sistema presidencial. Consiste na faculdade conferida ao povo de ter iniciativa no processo legislativo, quer apresentando projetos, quer propondo emendas. Sem dúvida que instrumentaliza a participação administrativa.

3.4.5 Direito de veto popular

É um mecanismo que possibilita ao administrado a iniciativa de propor ao povo o veto a determinada medida governamental.

3.4.6 Direito de defesa

O direito de defesa também é medida de participação na tomada de decisões administrativas. É este o objeto do nosso trabalho. Daí a exposição precedente, posta para situar a problemática e embasar as conclusões críticas lançadas ao final.

4 DIREITO DE DEFESA DO ADMINISTRADO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Considerações Preliminares

O direito de defesa é forma de participação administrativa. Disto não se tem dúvidas. A garantia do direito de defesa é considerado pressuposto de eficácia do procedimento administrativo. Pode-se instrumentalizar de várias maneiras.

4.2 A garantia de defesa e o devido processo legal

As Constituições modernas consagram o devido processo legal como garantia individual. Sendo princípio de cunho constitucional, à toda evidência, não pode ser minimizado ou restringido pela lei. Aplica-se em toda a sua plenitude ao Direito Administrativo. Assim decidiu recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.²

O devido processo legal, além de dogma de natureza constitucional, constitui-se verdadeiramente um princípio geral do direito. O comitê designado pelo Lord *Cancellor*, emitiu informe em 1932, de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema daquele país (Câmara dos Lordes), em que se afirmava que os princípios da justiça natural eram de aplicação indispensável em matéria de procedimento administrativo e que o devido processo legal era um destes direitos naturais.

Assim, a administração deve estar subsumida à regra instrumental para a tomada de suas decisões. Do contrário o pronunciamento é nulo. O ato advindo ineficaz e suscetível de desconsideração.

2 CF. *DJ*, 3 nov. 1994.

No Brasil, ao contrário da Europa continental, não se instituiu o contencioso administrativo. Isto não quer dizer que o princípio esteja mitigado. O cidadão não pode suportar os efeitos de um ato lavrado e concebido ao arpejo do direito instrumental vigente. Como corolário deste princípio temos o direito de vista e a garantia ao recurso administrativo, por exemplo.

O princípio aplica-se, nos Estados Unidos, ao procedimento administrativo.³

Assim, o ato administrativo está previamente condicionado ao cumprimento dos postulados instrumentais decorrentes do devido processo legal, pena de nulidade. Está aqui assentado o primeiro sistema de garantia administrativa conferido ao cidadão.

4.3 Direito de defesa como pressuposto da eficácia do ato

O administrado tem o direito de ser ouvido antes da tomada de uma decisão pela administração, sempre que tenha que suportar os efeitos resultantes deste ato. Ocorre, por outro lado, que também a administração tem o dever de ouvir o administrado antes da tomada de uma decisão que o afete. Em outras palavras, a necessidade de prévia audiência é medida de dupla finalidade, certo que, de um lado é recomendada pela boa administração e de outro como garantia do indivíduo.

No caso de decisões judiciais, dúvida não resta de que é imperiosa a citação da parte que suportará os efeitos do pronunciamento judicial. Ora, em assim sendo, com muito mais razão este princípio deve ser aplicado no Direito Administrativo, que, além da análise normativa do direito (como ocorre com a decisão jurisdicional), também aprecia a oportunidade e o mérito da decisão.

O princípio não é unicamente de justiça, mas de eficácia.

A lição de *Gordillo* é oportuna:

“El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ambito administrativo, justamente donde nunca debe ser, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no solo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino

3 Cf. HART. *An introduction to administrative law*, 1940, p. 258 et seq.

también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, etc. Sí el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe una decisión tomada sin oír al interesado, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito.”⁴

O princípio se assenta na necessidade de o Estado moderno tutelar o bem-estar dos cidadãos e de tomar para si a responsabilidade de atender às classes menos favorecidas da sociedade. Deve fazê-lo ouvindo e fornecendo às pessoas o direito de defender-se ante a tomada de decisões que possam lhes trazer funestas conseqüências. E, à vista do que foi exposto, dúvida não resta que o princípio é mais que um direito individual: verdadeiramente é dever da administração e, portanto, pressuposto de validade do ato emanado.

4.4 Direito de defesa como pressuposto de eficácia política do ato

Tese interessantíssima sustenta *Gordillo*:⁵ a inobservância do direito de defesa acarreta o descontentamento popular com relação ao governo, donde o asseguramento deste direito é pressuposto de eficácia política do ato.

É que o procedimento leal e justo consiste justamente na oitiva prévia do administrado. O contrário é medida autoritária e inconsistente.

Necessário que a administração respeite os direitos individuais, dentre os quais o de ser ouvido previamente ante uma decisão que o afete. Então, fazer tábua rasa do princípio pode conduzir à uma ilegitimidade de exercício do poder.

“Ninguna clase de gente se benefició más de la larga de una justa administración que los administrados mismos, porque el

4 GORDILLO, Agustín A. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *RDP* 10/16.

5 GORDILLO, Agustín A. *La garantía...*, p. 21.

estado esta circunstanciado desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que el gobierno depende de la aprobación de los gobernados. El 'flair play' en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno.”⁶

Evidente que o descontentamento dos governados ante pequenas soluções administrativas tomadas ao arrepio da consagração do direito de defesa pode acarretar uma situação de descontentamento popular crônico, ao passo que a prévia oitiva do administrado confere uma sensação de lealdade administrativa, que confere ao governo a aprovação popular e mais, sinaliza a legitimidade plena do exercício do poder.

O governo deve fazer operar o seu aparato administrativo no sentido de sempre e sempre garantir ao administrado o direito de defesa.

É, portanto, princípio basilar da administração pública e traz conseqüências de natureza política sua inobservância.

Entre nós, hodiernamente, é cada vez mais latente o senso jurídico consistente na interpretação constitucional do devido processo legal, que tem como pressuposto o princípio do contraditório ou, em termos mais estritos, o direito de audiência do prejudicado.

4.5 Elementos da garantia do direito de defesa

Para que se garanta efetivamente o direito de defesa como forma de participação administrativa, necessário, de pronto, afastar o pensamento de que este direito se manifestaria quase que como uma “ritualidade formal” ou uma aparência formal de defesa. Absolutamente não. Necessário ir mais além. Não se trata de assegurar o cumprimento de uma mera formalidade do ato, mas de garantir, conforme já afirmado, o direito de participação do administrado na elaboração do próprio ato.

A defesa deve consistir em uma possibilidade de efetiva participação útil no procedimento.⁷

Na prática, o que se verifica é o desinteresse do funcionário de garantir o direito de defesa, quer violando o dever de citação, quer

6 Cf. WADE. *Apud* GORDILLO, Agustín A. *La garantía...*, p. 20.

7 GORDILLO, Agustín A. *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1963, p. 79.

decotando a necessária audiência do interessado do processo de formação do ato administrativo.

Pode ocorrer, destarte, que, mesmo assegurado formalmente o direito de defesa, sejam feitos ouvidos surdos ao que foi alegado e provado. Conclui-se, pois, que o direito de ser ouvido somente pode ser efetivo quando alguém queira escutar e analisar o que foi dito. Penso que a necessidade de motivação do ato administrativo caminha de mãos dadas com o princípio da defesa. Evidente que não se pode exigir que a administração acate o que foi alegado pelo defendente. Contudo, não se pode atribuir uma discricionariedade absoluta à administração no sentido de que decida sem motivação. Assim sendo, um dos postulados do direito de defesa é o da necessidade da tomada de decisões motivadas, certo que, em regra, estes motivos vinculam a decisão da administração.

O acesso aos documentos da administração é outra maneira que se encontrou para instrumentalizar o direito de defesa como garantia administrativa. Da mesma maneira o direito de produzir provas e apresentar alegações. Todo este conjunto de medidas é capaz de ensejar a efetiva participação do administrado na tomada de decisões administrativas.

Em síntese, pode-se dizer que a garantia do direito de defesa compreende os seguintes aspectos: **a)** direito de ser ouvido, o que pressupõe a publicidade do procedimento, na necessidade de citação do interessado, na oportunidade prévia de expressar suas razões, completando-se no direito de vista dos expedientes (o procedimento sigiloso só se justifica em casos extremos e mediante decisão fundamentada da autoridade competente. Como corolário destes princípios é necessário que sejam consideradas as ponderações aduzidas pelo defendentes, sem embargo da possibilidade de refutação de sua argumentação mediante decisão que, necessariamente, deve ser fundamentada; **b)** direito de produção de provas, que, de seu turno, também deve compreender a necessidade de exigência que se deva impor à administração o dever de fornecer os elementos ao interessado (acesso aos documentos, informes, etc.), e de que a prova se produza antes da decisão da tomada do ato.

Todos estes princípios garantem um exercício mais ou menos pleno do direito de defesa no procedimento administrativo.

4.6 Campo de aplicação do princípio da defesa

Salvo nos casos de extrema urgência, devidamente fundamentados, deve a administração, antes de tomar uma decisão que afete parti-

cularmente um ou mais indivíduos, ouvi-los e considerar suas ponderações. E, repita-se, esta regra é princípio geral de direito consagrada nas Constituições mais modernas do mundo.

A medida possibilita à administração a ciência de todas as nuances envolvendo a questão posta à sua consideração, valendo como maneira efetiva de valoração mais escoreita da justiça e oportunidade da deliberação.

Este princípio deve ser aplicado também no procedimento administrativo disciplinar e, aqui, nossa consciência jurídica não exclui da aplicação o princípio da ampla defesa.

Gordillo leciona no sentido de que:

*"La violación de la garantía de la defensa es para nosotros uno de los principales vicios en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo, y también uno de los vicios más importantes del acto administrativo que en su consecuencia se dicte."*⁸

A violação do direito de defesa do administrado, em regra, conduz à nulidade do procedimento e, em consequência, do ato que dele emanou.

Poder-se-ia dizer que, num sistema como o nosso (garantidor do ingresso em juízo para salvaguardar seus interesses), seria desnecessária a imposição da sanção de nulidade ao ato carecedor da consagração da defesa. Não se olvide, entretanto, que, em inúmeras ocasiões, caso fosse ouvida, a parte evitaria a edição do ato e, em consequência, não se vislumbraria necessidade do ingresso em juízo. Assim, ainda sob este ponto, é imprescindível a efetivação da garantia administrativa. Por outro lado, não sendo imposta a sanção de nulidade, forçoso concluir que haverá a formação odiosa de um costume administrativo da ausência de audiência do interessado, em notável prejuízo à própria administração.

5 O SISTEMA PORTUGUÊS DE GARANTIAS

Em Portugal, vigendo ordenamento jurídico moderno e atual, o sistema de garantias tem espectro mais amplo que o nosso.

8 GORDILLO, Agustín A. *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1964, p. 273.

São chamadas de garantias administrativas toda e qualquer instrumentalização posta à disposição do cidadão para ser ouvido pela administração antes da tomada de decisão que o afete e prejudique seus interesses.

Garantias administrativas são garantias adjetivas, ou seja, são instrumentos processuais (ou quase processuais) contra atos da administração pública.

Desde logo uma questão relevante se apresenta. Somente por intermédio do exercício do direito de defesa perante a administração pode o particular influir no mérito do ato administrativo. É que o controle judicial, bem como o exercido pelos tribunais administrativos, não contemplam a possibilidade de modificação de um ato tido por inoportuno ou inconveniente. Somente por meio das garantias administrativas pode o administrado questionar o mérito da atuação administrativa.

Uma das garantias impugnatórias posta à disposição do particular é a queixa ao *ombudsman*.

Este mecanismo permite um controle mais ou menos efetivo dos atos da administração.

O *ombudsman* é pessoa independente e tem poder de influenciar na tomada de decisões administrativas. É dotado de garantias que lhe permitem um posicionamento isento. Não tem poder de decisão propriamente dito, mas de influência.

O administrado, ante um ato odioso da administração, pode reclamar ao *ombudsman* e este, no exercício de suas funções, pode fazer gestões visando a desconstituição do ato.

O sistema de direito de queixa ao *ombudsman* tem variações em toda a Europa. Em geral a escolha parte do Parlamento e é por eleição, certo que, no exercício do mandato, nem o Parlamento pode atingi-lo. A tramitação das queixas é informal e não se exige legitimidade. Os meios de pressão postos à disposição do *ombudsman* variam desde o relato à imprensa até o relatório ao Parlamento.

O instituto assemelha-se muito com o novo perfil do Ministério Público no Brasil.

Em Portugal, como de resto em quase toda a Europa Continental, o direito de reclamação é outra garantia administrativa. A todo administrado é assegurado o direito de reclamar de deliberações administrativas. O objeto do pedido é o pedido de reconsideração de um ato praticado.

O recurso hierárquico, que consiste no pedido feito pelo particular a um superior daquele funcionário que praticou um ato administrativo é outro tipo de garantia posta à disposição do cidadão.

Além destas garantias, pode-se ainda citar o recurso hierárquico impróprio e o recurso tutelar.

Conforme praticadas antes ou depois de ser o ato proferido as garantias se dividem em petitórias e impugnatórias.

6 CRISE NA PARTICIPAÇÃO E NO DIREITO DE DEFESA – CRÍTICAS E CONCLUSÕES

Em conclusão sobre nosso sistema de garantias administrativas, pode-se afirmar:

1. Não é absoluta a supremacia dos interesses da administração sobre os particulares. Sempre que se discute acerca de direitos fundamentais do indivíduo, constitucionalmente assegurados, devem estes, em regra, prevalecer sobre aqueles.

2. É princípio geral de direito, assegurado em nossa Constituição, o direito de intervenção do particular na administração pública.

3. A audiência de interessado é pressuposto fático e político de eficácia do ato administrativo num contexto avançado de democracia.

4. A efetiva participação do particular afetado perante a administração tem dupla finalidade: sob o prisma da administração permite uma ciência do alcance e conseqüências do ato que se pretende emanar; sob o prisma do administrado permite o questionamento da oportunidade e conveniência do ato que se pretende praticar, coisa que não pode fazer perante o Judiciário.

5. O direito de defesa é uma forma de participação na administração.

6. O sistema brasileiro de garantias administrativas está absolutamente falido.

7. Os principais defeitos do sistema pátrio de garantias são: a) ausência do contencioso administrativo; b) falta de consciência da administração dos benefícios que podem advir da efetivação da garantia do direito de defesa; c) consciência popular equivocada no sentido de se dirigir somente ao Judiciário na defesa de seus direitos.

8. A maior desvantagem do sistema de controle judicial dos atos da administração pública é a impossibilidade de apreciação do mérito do ato administrativo, ainda que outras podem ser indicadas, tais como a morosidade da Justiça e a falta de especialização dos juízes, por exemplo.

9. Deve o legislador disciplinar, a exemplo do que ocorre com o procedimento disciplinar, formas efetivas de defesa do administrado contra a tomada de decisões que o afete, condicionando o ingresso em juízo ao esaurimento das vias administrativas, ao menos até a instituição de um sistema puramente contencioso.

7 BIBLIOGRAFIA

- DALARI, Dalmo de A. O Conselho de Estado e o contencioso administrativo no Brasil. *RDP* 11/33.
- DROMI, José Roberto. La administración de justicia en la democracia. *RDP* 71/09.
- ENTERRÍA, Eduardo G. de. Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español. *RDP* 89/5.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de O. Introdução à teoria da prova administrativa. *RDP* 21/33.
- GORDILLO, Agustin A. *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1963.
- _____. *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1964.
- _____. Participação administrativa. *RDP* 74/15.
- _____. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *RDP* 10/16.
- JANNOTTI, Orinaldo F. Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade. *RDP* 64/37.
- JARDIM, Torquato L. *Due process of law* e proteção das liberdades individuais. *RDP* 64/109.
- MARQUES, José Frederico. A garantia do *due process of law* no direito tributário. *RDP* 5/28.
- NOGUEIRA, Rubem R. Processo administrativo – Direito de defesa. *RDP* 65/71.
- REAL, Alberto R. Fundamentación del acto administrativo. *RDP* 62/05.
- REALE, Miguel. Tombamento de bens culturais. *RDP* 86/61.
- VILANOVA, Lourival. Fundamentos do estado de direito. *RDP* 143/21.

