A BUSCA DA VERDADE E A PARIDADE DE ARMAS NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA*

*Leonardo Greco***

SUMÁRIO: 1. A importância do Contraditório. 2.Contraditório e direito à prova. 3. A verdade como direito. 4. A prova como garantia. 5. Justiça e igualdade. 6. Ônus da prova. 7. O direito à prova na jurisdição administrativa. 8. A proibição de provas ilícitas. 9. O ônus da prova na jurisdição administrativa. 10. Princípio dispositivo ou inquisitório na jurisdição administrativa. 11. A verdade e a igualdade na jurisdição administrativa. 12.Conclusões. Referências.

RESUMO: O princípio do contraditório é o mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo. A busca da verdade objetiva não deve ser distorcida por presunções ou regras artificiais de valoração de determinadas provas. É dever da Administração Pública colaborar lealmente na busca da verdade. Os privilégios processuais da Fazenda Pública somente se legitimam para suprimir eventual inferioridade do Estado em relação ao particular.
Palavras-chave: Fazenda Pública; privilégios Processuais

ABSTRACT: The contesting principle is the single most important principle of the contemporary juditial proceeding. The search for an objective truth may not be disrupted by presumptions or artificial rules for evaluating specific proofs. It's the public administration duty to faithfully colaborate in such search. The

* Texto de palestra proferida em 22 de agosto de 2006 no Seminário Internacional sobre "Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa", promovido em Niterói-RJ pela Universidade Federal Fluminense e pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

** Professor Titular de Direito Processual Civil da UFF. Professor Adjunto da UERJ. Professor da UGF. Professor e Coordenador do Mestrado da FDC.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

proceedings privileges of Public Treasury may be legitimated to surpress occasional inferiority of the State in relation to the private entity.

Key-words: Public Treasury; Juditial proceedings privileges

1. A importância do contraditório

O mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo é o princípio do contraditório, que exprime na sua projeção processual o princípio político de regência das relações entre o Estado e os cidadãos que é o da participação democrática, segundo o qual ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão.

Toda a teoria geral do processo contemporânea se abebera nos influxos humanitários decorrentes desse princípio, que se encontra consagrado, sob as mais diversas fórmulas, nas principais constituições democráticas da nossa época, inclusive na Constituição brasileira, como uma garantia dos direitos fundamentais (art. 5°, inciso LV).

De uma noção descritiva do seu conteúdo, como o princípio que assegura às partes o direito de participar ativamente do processo, apresentando argumentos, propondo e produzindo provas e discutindo todas as questões de fato ou de direito submetidas à apreciação judicial, de modo a influir eficazmente nas decisões do magistrado, se extraem relevantes conseqüências práticas, que vão ser determinantes na avaliação do grau de observância do princípio por qualquer sistema processual.

A primeira conseqüência é a de que as partes devem ser adequada e tempestivamente cientificadas da existência do processo e de todos os atos nele praticados, através de comunicações preferencialmente reais, para poderem adaptar as providências que lhes pareçam mais convenientes em defesa dos seus interesses e praticar com proveito os atos decorrentes dessas comunicações.

Outra conseqüência é a ampla possibilidade de oferecer alegações e manifestar-se sobre as alegações da outra parte, propor e produzir provas e participar da produção das provas requeridas ou determinadas por outros sujeitos, desse modo influindo intensamente em toda a aquisição do conhecimento pelo juiz de todas as circunstâncias da causa.

A terceira conseqüência consiste no direito de manifestar-se previamente sobre todas as questões submetidas à apreciação do juiz, contribuindo assim para que as decisões que se seguirem sejam as melhores possíveis e sempre considerem os interesses e opiniões das partes interessadas.

Do contraditório ainda decorrem, necessariamente, a *razoabilidade dos prazos*, para assegurar simultaneamente a celeridade do processo e a possibilidade de prática proveitosa de todos os atos da causa, um *processo por audiências*, para assegurar a mais perfeita cognição através da palavra oral e do contacto humano do juiz com as partes e com os sujeitos probatórios, a consistente *fundamentação das decisões*, como garantia da sua racionalidade e demonstração de ter sido o juiz influenciado por toda a atividade das partes, e a *publicidade*, para assegurar o mais democrático controle social do cumprimento de todo esse conjunto de garantias.

Esse é o contraditório participativo, que não se limita a assegurar a marcha dialética do processo e a igualdade formal entre as partes, mas que instaura um autêntico e fecundo diálogo humano entre as partes e o juiz[1], indispensável para que esse conjunto de prerrogativas possibilite às partes influir eficazmente nas decisões judiciais, através da intervenção no curso de todo a atividade de aquisição do conhecimento fático e jurídico de que se originam e da sua repercussão no entendimento do julgador.

2. Contraditório e direito à prova

No contraditório participativo, a prova passa a ser um dos componentes mais relevantes do direito de defesa, o *direito de defender-se provando*, que não se exaure no direito de propor a sua produção, mas se completa com o de efetivamente produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa.

[1] V. os meus ensaios "Garantias fundamentais do processo: o processo justo" e "O princípio do contraditório", in *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

Na concepção tradicional da dogmática processual, acolhida no Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (arts. 130, 342, 355, 418, 437 e 440), sendo o juiz o destinatário das provas, a ele caberia com exclusividade a decisão a respeito da sua admissão[2]. Entretanto, o moderno contraditório participativo não se satisfaz mais com esse entendimento, porque, para poder concretamente influir na decisão judicial, as partes precisam dispor amplamente do direito de produzir todas as provas que tenham alguma possibilidade de demonstrar a procedência das suas alegações. Ademais, a promessa constitucional do Estado de Direito, que assegura a eficácia dos direitos dos cidadãos, somente se tornará realidade se os litigantes tiverem a mais ampla oportunidade de demonstrar os fatos em que fundamentam os seus direitos.

É o *direito de defender-se provando*, componente essencial do direito à mais ampla defesa, exigência do contraditório participativo e do próprio direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva, como o direito da parte de efetivamente produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa dos seus interesses[3].

Justamente para conciliar esse direito com a necessidade de assegurar rápida solução ao litígio e com o dever do juiz de coibir manobras procrastinatórias é que o processo moderno ampliou a utilização das técnicas de aceleração da prestação jurisdicional, como a novel tutela antecipada do artigo 273 do Código brasileiro, introduzida na reforma processual de 1994.

O *direito à prova*, portanto, não mais se esgota com a sua proposição pela parte, mas se completa com o direito à sua

---

[2] SANTOS,Moacyr Amaral, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, s/d, ed. Max Limonad, p.255; Idem, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 2° vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1977, p.241.

[3] V. Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, ed. Giuffrè, Milano, 1974, p.517, que reproduz expressões de sentença de 1966 da Corte Constitucional italiana: "..la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche garantite dall'ordinamento è incostituzionalmente rifiutata o limitata 'se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà'".

admissão e produção, vedada ao juiz qualquer apreciação desfavorável a respeito da sua relevância antes de conhecê-la, desde que hipoteticamente possa ela contribuir para demonstrar os fatos que ao requerente interessam. O juízo de relevância da prova se reduz, desse modo, ao de não manifesta irrelevância[4]. E para formulá-lo, o juiz não pode observar a causa da sua perspectiva de julgador, influenciada pela experiência dos casos semelhantes anteriormente julgados, mas deve situar-se na posição da parte a quem a prova interessa, para daí extrair a sua aptidão a produzir algum conhecimento relevante.

2. A verdade como direito

O *direito de defender-se provando* termina por erigir a verdade como um autêntico direito subjetivo. Não mais qualquer verdade ou uma verdade meramente formal, mas aquela mais próxima possível da realidade da vida, para cuja aquisição devem as partes dispor de todos os meios investigatórios ao alcance do entendimento humano em todas as áreas do saber, porque somente assim estará o Estado cumprindo a promessa da tutela efetiva dos direitos dos cidadãos. Se é dos fatos que os direitos se originam, somente a efetiva possibilidade de demonstrá-los é capaz de assegurar o acesso efetivo aos direitos constitucionalmente e legalmente assegurados.

Taruffo já demonstrou o erro de associar a busca da verdade apenas ao modelo do processo civil inquisitório[5], pois nada impede que a lei reserve ao juiz uma iniciativa probatória apenas complementar ou subsidiária, desde que as partes tenham ampla possibilidade de demonstrar os fatos que a elas interessam.

O direito à verdade, como pressuposto do acesso ao direito, desmente o preconceito liberal de que o controle da legalidade das decisões judiciais possa desprezar a racionalidade da reconstrução dos fatos. Eliminam-se, assim, as barreiras artificiais

[4] *Op.cit.*, p. 527.

[5] TARUFFO,Michele , *La prova dei fatti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano, 1992, p.21/25.

entre as questões de fato e as questões de direito, porque da boa ou má solução daquelas dependerá a eficácia ou não dos direitos.

3. A prova como garantia

Em estudo anterior, já tive a oportunidade de ressaltar que a valorização da busca da verdade no Estado Democrático de Direito, como instrumento de acesso ao direito, pressupõe um sistema probatório apto a alcançá-la, ou seja, um regime processual da prova que ressalte o seu caráter predominantemente demonstrativo, que possibilite a sua revelação no processo com a mesma segurança de que se reveste em qualquer outra área do conhecimento humano, inclusive o conhecimento científico, que controle a sua reconstrução através da livre convicção do juiz e que garanta aos destinatários da decisão judicial a mais ampla possibilidade de demonstrar a veracidade dos fatos que lhes interessam[6].

4. Justiça e igualdade

Seria absolutamente pretensioso de minha parte intentar definir o significado de *justiça*, noção milenar, mas abstrata, tão necessária à convivência pacífica e harmoniosa dos homens em sociedade e finalidade última de todo o sistema estatal de solução de controvérsias. Numa síntese feliz, Taruffo apontou como pressupostos de uma decisão justa a correta qualificação jurídica dos fatos, a adequada interpretação da norma jurídica aplicável, a aceitação da veracidade dos fatos apurados e um procedimento válido e justo[7], ou seja, uma relação processual formada e desenvolvida com absoluto respeito às garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A doutrina processual sempre subordinou a garantia do contraditório à igualdade das partes, a que hoje se denomina de

[6] GRECO,Leonardo, "O conceito de prova", in *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 468 e ss.

[7] TARUFFO, Michele, "Idee per una teoria della decisione giusta", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 319.

paridade de armas, pois, para que as partes possam influir eficazmente na formação da decisão judicial, todas elas devem desfrutar das mesmas faculdades e nenhuma delas deve ter mais do que as outras a possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas.

Toda parte em um processo deve ter a possibilidade de expor e defender a sua causa em condições que não a inferiorizem perante a outra. Sem isso, não há garantia de um processo justo. O contraditório pressupõe, portanto, que nenhuma das partes seja posta em posição de desvantagem em relação à outra na possibilidade de planejar a sua defesa e de realizá-la. Ambas as partes devem ter as mesmas oportunidades de sucesso no ganho da causa. Para assegurar essa paridade de armas, o juiz deve suprir as deficiências defensivas da parte em desvantagem. Isso é particularmente importante quando uma das partes está em situação de superioridade, como a Administração Pública.

E também a idéia de justiça, desde o pensamento filosófico da antiguidade clássica, sempre esteve vinculada à de igualdade[8]: "Se o injusto é o desigual, o justo é o igual"[9].

Por outro lado, seria inconcebível admitir que o processo realmente fosse um instrumento apto à busca da verdade, como ele precisa ser para realizar a sua finalidade última de tutela efetiva das posições jurídicas de vantagem, se uma das partes desfrutasse de maiores prerrogativas do que a outra. Somente numa sociedade de castas poder-se-ia admitir que, em razão de características pessoais, a palavra de uma parte valesse mais do que a de outra, que uma tivesse mais possibilidades do que a outra de demonstrar a veracidade das suas alegações ou que a uma a lei conferisse prazos mais vantajosos do que à outra. A busca da verdade impessoal e objetiva estaria irremediavelmente sacrificada, o contraditório desrespeitado e, em conseqüência, frustrada a realização da tão almejada justiça.

---

[8] Vincent Martenet, *Géométrie de l'égalité*, ed. Schulthess, Zurich-Bâle-Genève, 2003, p.13.

[9] Aristóteles, Ética a Nicômaco, capítulo III.

Como acentua Martenet[10], uma vantagem injustificada oferecida a uma parte em um processo judicial pode afetar diretamente a situação da outra parte, que se tornará, desde então, desfavorecida no referido processo.

As discriminações perante a autoridade pública, que esta se abstém de coibir, constituem uma brecha no Estado de Direito e consagram a manutenção de uma injustiça, pois a igualdade não é apenas uma garantia individual, mas também organizacional, como mecanismo regulador da atividade do Estado, impositivo do equilíbrio e da impessoalidade que devem reger o seu desempenho[11].

As exigências de um processo justo e da busca da verdade impõem a igualdade das partes perante os órgãos jurisdicionais. Se da Constituição não se pudesse extrair essa necessária igualdade das partes no processo civil, ela está de qualquer modo claramente consagrada no art. 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, segundo o qual "todos são iguais perante os tribunais e demais cortes de justiça. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja ouvida eqüitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei".

Essa igualdade hoje é comumente qualificada de *material* porque não se contenta com regras formais que assegurem às partes paridade de tratamento, mas impõe ao juiz o dever de verificar *in concreto* se alguma delas se encontra em posição de inferioridade no acesso aos meios de defesa e de suprir essa eventual deficiência com iniciativas compensatórias para restabelecer o necessário equilíbrio, sem o qual não se pode atingir um resultado justo.

5. Ônus da prova

As regras que distribuem o ônus da prova entre as partes são um dos instrumentos de realização desse equilíbrio, porque

[10] *Op.cit.*, p. 78.
[11] *Idem*, p.90, 171 e 172.

parece absolutamente justo que sobre cada uma das partes recaia o encargo de demonstrar os fatos que tiver alegado ou que lhe interessem. Todavia, essas mesmas regras podem transformar-se em instrumentos de desigualdade, na medida em que muitas vezes a parte a quem interessa determinado fato não é aquela que se encontra na posição mais favorável para produzir a sua prova e não pode a justiça admitir que a outra, através da sua inércia ou resistência, venha a frustrar o acesso à verdade que à primeira beneficia. **As regras da distribuição do ônus da prova, portanto, não podem mais ser vistas como sagradas,** já que a busca da verdade torna-se cada vez mais essencial à garantia de um processo equânime. Se as provas estão em poder do demandado, pode ser um ônus excessivo ao autor produzi-las.

Todos têm o dever de colaborar com a justiça na apuração da verdade (CPC, art. 339). O direito a não se auto-incriminar, típico do Processo Penal, não pode ter o mesmo alcance no Processo Civil. A este se sobrepõe o dever de colaboração e de esclarecimento dos fatos em busca da verdade.

Numa atenta observação das condições em que se encontram as partes em relação à facilidade ou não de acesso às provas dos diversos fatos que impende investigar, o juiz deve, se necessário, inverter o ônus da prova ou determinar de ofício a produção das provas necessárias, não permitindo que qualquer delas se prevaleça de uma posição de vantagem para frustrar a apuração de fatos que à outra beneficiariam e assegurando, assim, a ambas o direito de acesso à verdade tal como ela é. Ninguém pode perder um direito por não ter conseguido apresentar a prova dos fatos que o sustentam, se essa prova não está ao seu alcance, mas da parte contrária ou de terceiro.

6. O direito à prova na jurisdição administrativa

Reproduzo aqui e nos dois tópicos seguintes, o que já escrevi em estudo anterior[12]. Nas causas do Estado há uma

[12] GRECO,Leonardo, "As garantias fundamentais do processo na execução fiscal", in *Execução civil (aspectos polêmicos)*, coord.: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha, ed. Dialética, São Paulo, 2005, p. 256/258.

evidente preponderância da prova documental, o que não significa que outras espécies de prova devam ter a sua relevância desprezada. O particular deve ter a mais ampla possibilidade de propor e produzir todas as provas que se fizerem necessárias para demonstrar a procedência das suas alegações frente ao Estado. Assim, por exemplo, em matéria fiscal, as preclusões probatórias prescritas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto 70.235/72, art.16) não podem ser aceitas como limites à busca da verdade, porque a prova é um dos componentes essenciais do direito de defesa, justificando-se apenas como meios necessários para coibir a propositura de provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes e de evitar manobras procrastinatórias[13].

A parte tem o direito de exigir a requisição de todos os documentos que se encontrem em poder da Administração Pública, porque o seu direito de defender-se provando não pode ser prejudicado pela recusa ou demora no fornecimento de certidões[14]. A requisição dos autos de qualquer procedimento administrativo também não pode ser obstada, salvo quando a sua simples exibição, nos termos do artigo 41 da Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), for suficiente para que dele a parte extraia todos os elementos necessários à sua defesa[15].

Para revelar a verdade, o particular, que litiga com o Estado em matéria fiscal, tem o direito de exigir a exibição de documentos constantes da contabilidade de outro particular, a fim de provar o pagamento a ele feito[16]. No próprio processo administrativo, de acordo com o § 2° do art. 38 da Lei 9.784/99 – e no judicial com maior razão –, as provas propostas pelo interessado somente podem ser recusadas em decisão

[13] CARVALHO, Paulo de Barros, "A Prova no Procedimento Administrativo Tributário", in *Revista Dialética de Direito Tributário*, næ% 34, pág.104.
[14] V. Lei 9.784/99, arts.37 e 46; Lei 10.259/01, art.11; MIRANDA,Pontes de. *Comentários ao CPC*, tomo IV, 3ª ed., 1996, p.415.
[15] V. GRECO, Leonardo, *Op. cit.*, p. 249/266.
[16] MACHADO, Hugo de Brito, "O Devido Processo Legal Administrativo Tributário e o Mandado de Segurança", in *Processo Administrativo Fiscal*, ed. Dialética, São Paulo, 1995, p.84.

fundamentada, quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

7. A proibição de provas ilícitas

Uma das conquistas do Estado de Direito Contemporâneo é a proscrição das provas ilícitas, elevada, entre nós, a garantia constitucional (art. 5%, inciso LVI). Essa proibição é uma exigência do respeito à dignidade humana e aos direitos da personalidade. O Estado não pode pretender fazer valer os seus direitos através da violação dos direitos dos outros e muito menos ser o juiz supremo dos direitos dos cidadãos que ele está obrigado ou não a respeitar. Para apurar a existência de créditos fiscais ou a prática de infrações à legislação fiscal, pode ser necessário devassar a privacidade do devedor ou de outras pessoas, mas a decisão de fazê-lo não pode ser da própria Administração, interessada na arrecadação tributária, mas de um órgão independente, que no Brasil não pode ser outro a não ser a autoridade judiciária, capaz de ponderar com equilíbrio a necessidade da violação da privacidade, a relevância do interesse público que a justifica, a inexistência de meio menos gravoso de apurar o fato e a forma de executá-la para evitar um dano ao cidadão superior ao necessário. Ressalte-se que a própria lei de regência do processo administrativo (Lei 9784/99), em seu artigo 30, declara inadmissíveis na instância administrativa as provas obtidas por meios ilícitos. No mesmo sentido, o parágrafo único do artigo 197 do Código Tributário Nacional ressalva da obrigação de prestarem informações à autoridade administrativa aqueles que estão legalmente obrigados "a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão"[17].

Dessa orientação discrepou inconstitucionalmente a Lei Complementar nº 105/2001, com base na qual a administração fiscal passou a exercer controle direto sobre as movimentações financeiras de todos os contribuintes.

[17]V. SOUZA, Hamilton Dias de, "Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade", in *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 51, p.60.

8. O ônus da prova na jurisdição administrativa

No Estado-Providência, a palavra do funcionário público valia mais do que a de qualquer cidadão comum, pois as declarações daquele gozavam de fé pública, somente podendo ser desmentidas por prova cabal em contrário. O Código de Processo Civil brasileiro, no art.364, ainda traduz esse entendimento. Ocorre que no Estado Democrático de Direito contemporâneo não pode mais prevalecer com a mesma força a presunção de legalidade e de veracidade dos atos da Administração Pública, porque esta tem o dever de justificar e exibir aos destinatários dos seus atos os elementos de convicção que fundamentam os seus atos. O Estado Contemporâneo é aquele que se justifica, que tem o dever de apresentar as provas concretas dos fatos afirmados pelos seus agentes, sob pena de sujeitar os cidadãos ao mais completo arbítrio. Sérgio Ferraz enfatiza que o prestígio da presunção de legalidade dos atos administrativos é um reflexo do autoritarismo que caracterizou a Administração Pública brasileira e que o moderno conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos[18].

Em matéria tributária, não basta mais a declaração do agente fiscal de que ocorreu o fato gerador. O lançamento tem de estar devidamente fundamentado. Em caso de impugnação, cabe ao Fisco demonstrar a consistência do seu ato[19].

Jesús González Pérez cita decisões do Tribunal Supremo espanhol, segundo as quais "a presunção de legalidade dos atos administrativos desloca sobre o administrado o ônus de agir para impedir que o ato da Administração Pública se torne imutável, mas uma vez que aquele formule o seu recurso, o ônus da prova se distribui de acordo com as regras gerais. E cada parte há de

[18]FERRAZ, Sérgio e DALLARI Adilson de Abreu , *Processo Administrativo*, ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p.137.
[19]CARVALHO, Paulo de Barros, *op.cit.*, p.104.

provar o suposto fático da norma cujas conseqüências jurídicas invoca" [20].

No processo sancionador, a prova da comissão da infração incumbe à Administração Pública. Exige-se uma prova conclusiva e inequívoca de que o sancionado é o autor responsável. Não pode impor-se a sanção com base em simples indícios, presunções ou conjecturas subjetivas[21].

Aliás, como bem assinalou Paulo Celso Bergstrom Bonilha[22], o Anteprojeto de Lei sobre o Contencioso Administrativo Fiscal da União, elaborado por Gilberto de Ulhoa Canto, Geraldo Ataliba e Gustavo Miguez de Mello em 1977, dispunha no artigo 50 que à Fazenda cabia o ônus da prova da ocorrência dos pressupostos do fato gerador e da constituição do crédito fiscal.

No atual Código de Procedimento e Processo Tributário de Portugal (Decreto-lei 433/99[23]), o artigo 100 estabelece que sempre que da prova produzida resultar fundada dúvida sobre a existência e quantificação do fato tributário, deverá o ato impugnado ser anulado. A dúvida reverte a favor do contribuinte, em substituição do princípio *in dubio pro fisco* que, era adotado antes de 1995[24].

Ângelo Buscema e Enzo Di Giacomo, na Itália, também lecionam, a respeito do processo tributário, que as afirmações do Fisco devem ser confirmadas com documentos[25]. Ao Fisco incumbe a prova dos fatos constitutivos da obrigação tributária.

---

[20] Sentenças de 23-10-89 e 29-1-90, citadas por PÉREZ, Jesús González, *Justicia Administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1999, p.159.

[21] Sentenças de 22-3-82 e 14-6-84, *op.cit.*, p.160.

[22] BONILHA, Paulo Celso Bergstrom , *Da prova no processo administrativo tributário*, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 1997, p.66.

[23] Consultado no site do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (www.sta.mj.pt) em 10 de novembro de 2006.

[24] SOUZA, Alfredo José de e PAIXÃO, José da Silva, *Código de Processo Tributário Comentado*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, p. 273/275.

[25] BUSCEMA, Ângelo e GIACOMO, Enzo di, *Il processo tributário*, ed. Giuffrè, 2000, p.140: "Le semplici affermazioni del fisco, ancorchè contenute e proclamate in processi verbali di constatazione, non possono di per sè costituire prove a favore dello stesso fisco senza il supporto o l'integrazione d'altri elementi documentali (Cass., n. 6275/90, Cass., Sent. n. 10855 del 17/12/94)".

A posição processual da parte não importa. Ao Fisco, como credor, incumbe provar a existência do seu crédito.

Métodos presuntivos podem desencadear a ação fiscal, mas não podem servir de base à definitiva constituição do crédito tributário, pois a autoridade administrativa tem o dever de perquirir exaustivamente se o fato gerador ocorreu, por imposição dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade[26].

9. Princípio dispositivo ou inquisitório na jurisdição administrativa

É matéria polêmica na doutrina européia sobre a jurisdição administrativa se o regime das provas nas causas do Estado se submete ao princípio dispositivo ou ao princípio inquisitório.

Para Jesús González Pérez[27], apesar do princípio dispositivo, decorrente da aplicação subsidiária da legislação processual comum, o juiz, no processo administrativo, não é um mero destinatário da atividade das partes, podendo determinar de ofício a produção de todas as provas que lhe pareçam pertinentes.

Em posição diametralmente oposta, José Luís Saldanha Sanches, em Portugal, leciona que "do princípio da legalidade fiscal decorre naturalmente o princípio da verdade material como objectivo do processo fiscal". O princípio da investigação vai exigir o da inquisitoriedade. Nem por isso deixam de existir preclusões, inclusive as decorrentes da falta de interposição de recursos sobre certas questões[28].

Igualmente na Itália, Giuseppina Schettino[29] leciona que a jurisdição administrativa se subordina ao poder inquisitório do juiz, entretanto, sem quaisquer preclusões probatórias. Não obstante, tem a Administração Pública o ônus de apresentar em

[26] SCHOUERI, Luís Eduardo e SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci A. de , "Verdade Material no 'Processo' Administrativo Tributário", in *Processo Administrativo Fiscal*, 3° vol., ed. Dialética, São Paulo, 1998, págs. 153/155.

[27] *Op. cit.*, p. 497.

[28] SANCHES, José Luís Saldanha, *Princípios do contencioso tributário*, Lisboa, 1987, p.33/34.

[29] SCHETTINO, Giuseppina, "L'istruzione probatória", in *Il nuovo processo amministrativo*, coord. Maurizio De Paolis, ed. CEDAM, Padova, 2003, p. 136/141.

juízo os atos e os documentos com base nos quais o ato foi praticado e o particular tem direito de acesso aos documentos administrativos. Se a Administração não os fornece, provoca um juízo desfavorável, que provavelmente resultará na sua condenação, pela aplicação analógica do art. 116 do CPC[30]. A Administração Pública não tem o direito de esquivar-se ou o direito de não se auto-incriminar.

No Brasil vem se delineando uma tendência de distinguir as hipóteses em que a Administração Pública defende interesses públicos primários, ou seja, os interesses gerais de toda a coletividade, daquelas em que defende interesses públicos secundários, ou seja, aqueles de que é titular como qualquer outro sujeito de direito, para submeter ao princípio inquisitório apenas as primeiras e não as segundas, submetidas ao princípio dispositivo[31].

Ultrapassando essas distinções, cada vez mais se exalta a importância do dever de lealdade e do conseqüente dever de colaboração das partes, especialmente quando uma delas é o próprio Estado.

10. A verdade e a igualdade na jurisdição administrativa

A igualdade concreta também se aplica quando uma das partes é o Estado, sob pena de privar-se o particular da garantia da tutela jurisdicional efetiva[32]. Conforme venho sustentando[33], os chamados *privilégios processuais da Fazenda Pública*

[30] O 2° parágrafo do art. 116 do Código italiano, que trata da avaliação das provas, estabelece que o juiz pode extrair argumentos de prova das respostas que as partes dão no interrogatório, da sua recusa injustificada em consentir as inspeções por ele ordenadas e, em geral, do comportamento das próprias partes no processo.

[31] GUEDES, Demian, "Efeitos das informações no mandado de segurança e de sua não-apresentação em juízo", in Revista Dialética de Direito Processual, n°11, fevereiro de 2004, ed. Dialética, São Paulo, p.54/66.

[32] GUINCHARD, Serge et alii, *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 2005, p.783.

[33] "Garantias fundamentais do processo: o processo justo", in *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.256

somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante, ou seja, na medida em que eles se impõem como instrumentos compensatórios da posição de inferioridade em que se encontre o Estado na defesa da sua posição processual. De nenhum modo são toleráveis para dar ao Estado posição de vantagem, para dificultar ou retardar o acesso à Justiça do cidadão ou para eximir o Estado do cumprimento dos seus deveres. Reexame necessário, critérios diferenciados para o arbitramento de honorários da sucumbência, intimação pessoal dos advogados da União, dispensa de depósito de 5% do valor da causa na ação rescisória, parcelamento de precatórios, proibições de liminares, dispensa do depósito da multa por interposição de agravo manifestamente incabível ou infundado, proibição de execução de sentenças antes do trânsito em julgado, possibilidade de intervenção das pessoas jurídicas de direito público nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente de interesse jurídico (Lei 9469/97, art.5°), suspensão de decisão judicial por despacho de Presidente de Tribunal até o trânsito em julgado, são privilégios que violam a garantia da igualdade concreta e que, sob o seu primado, devem ser reavaliadas para eliminar o evidente desequilíbrio de forças que existe hoje nos processos das causas em que o Estado é parte.

Quanto aos prazos em dobro ou em quádruplo, embora a questão seja polêmica[34], parece-me que em muitos casos esse tratamento diferenciado se justifica, pelos entraves ao funcionamento da máquina administrativa que retardam a colheita de informações necessárias à defesa do Estado e pela ausência de adequada estruturação de órgãos dedicados à defesa judicial dos seus interesses, especialmente em pequenos Municípios do País. Entretanto, se ao Estado devem ser freqüentemente reconhecidas dificuldades especiais ao exercício da sua defesa,

[34] V. SÁ, Djanira Maria Radamés de, *Duplo Grau de Jurisdição*, ed. Saraiva, São Paulo, 1999, p.59.

também ao particular deveriam aplicar-se prazos mais dilatados, quando igualmente se encontrasse sujeito a análogas dificuldades.

A paridade de armas exige que as partes sempre possam discutir todas as manifestações de outros sujeitos produzidas no processo, mesmo que se trate de opiniões do Ministério Público como fiscal da lei[35]. Entretanto, a prerrogativa do Ministério Público de falar por último muitas vezes priva os litigantes desse direito, solidamente assentado na garantia constitucional do contraditório.

Também na Argentina, Rodolfo R. Spisso[36] leciona que a relação tributária material e processual está regida pelo princípio da igualdade em que o fisco assume o rol de sujeito de uma relação creditícia de simples conteúdo patrimonial, submetida à lei e à jurisdição, citando Nawiaski que, em 1926, demonstrou que a relação entre fisco e contribuinte não é uma relação de poder, porque o Estado somente pode exigir do contribuinte o que a lei lhe concedeu.

Conseqüentemente, em matéria processual, as partes na relação tributária devem dispor das máximas possibilidades de defesa de seus interesses, de livre acesso à justiça, com amplas possibilidades de alegação e de prova, conforme reconhece a Convenção Americana de Direitos Humanos.

E na França, Alain Plantey e François-Charles Bernard, com fundamento em jurisprudência do Conselho de Estado[37], máxima instância da jurisdição contencioso-administrativa

---

[35] No meu estudo sobre "Garantias..." (p.257) referi em nota de rodapé: CHARRIER, J.L., *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, p.119, citando decisões de 1997 e 1998 da Corte Européia de Direitos Humanos; e também TARZIA,Giuseppe, "L'art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", in *Revista de Processo* nº 103, ano 26, julho-setembro de 2001, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p.165, que mencionou o artigo 394, parágrafos 3º e 4º do Código italiano e a sentença *Vermeulen v. Bélgica*, de 20/2/1996, da Corte Européia, sobre a impossibilidade de responder às conclusões do Ministério Público ou do advogado geral no julgamento do recurso de cassação.

[36] SPISSO, Rodolfo R. , *Tutela judicial efectiva em matéria tributaria*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 231/233.

[37] PLANTEY, Alain e BERNARD, François-Charles , *La preuve devant le juge administratif*, ed. Economica, Paris, 2003, p.39/40, citando sentenças do Conselho de Estado de 2-3-51 e 30-1-59.

naquele País, esclarecem que a prerrogativa da Administração de aplicar sanções administrativas deve ficar subordinada ao controle do juiz para assegurar o respeito à presunção de inocência, um dos mais importantes direitos do homem. Seria injusto impor ao cidadão ou ao funcionário o ônus de provar a sua inocência. A realidade e a gravidade dos fatos devem ser estabelecidas pela autoridade que editou a sanção ou a medida contestada.

Os mesmos Autores observam que, no confronto com o Estado, a prova dos fatos é, no processo, um ônus em geral muito pesado para o cidadão comum, que deve ser considerado a parte mais fraca[38].

A garantia do contraditório desqualifica a utilização no processo judicial de documentos sigilosos, que não possam ser discutidos por todos os interessados. Até mesmo as provas determinadas de ofício pelo juiz devem ser produzidas e amplamente discutidas em contraditório[39]. As hipóteses de segredo de Estado, nas quais este pode justificar a sua recusa em apresentar provas documentais, somente encontram guarida, no Estado de Direito, em situações de estado de sítio ou de defesa. Aquele que litiga com o Estado não pode sofrer sozinho os danos decorrentes da necessidade de proteção do interesse público, mesmo porque é dever do próprio Estado, nas suas relações com os cidadãos, agir com lealdade e veracidade.

Também já decidiu o Conselho de Estado francês que as alegações do administrado devem ser aceitas como verdadeiras se a autoridade não apresenta nenhuma explicação ou justificação que permitam rejeitá-las, se a Administração não contradiz as afirmações do seu adversário ou não responde, malgrado as interpelações do juiz[40]. Ou seja, embora não se possa falar em confissão ficta resultante da revelia ou de qualquer outra espécie de contumácia, o Estado não pode ser um litigante desleal, nem

[38] *Op.cit.*, p.91.
[39] *Idem*, p. 93/94.
[40] *Idem*, p.94, citando decisões do Conselho de Estado em 9-7-97, 21-6-85 e 12-2-93.

adotar um comportamento processual que desrespeite o seu dever de colaboração na busca da verdade.

Mais adiante, os mesmos Autores acentuam que a desigualdade entre as partes não pode forçar o jurisdicionado à prova negativa, portanto impossível, e que a presunção de sinceridade e de impessoalidade da Administração não a dispensa de produzir provas em apoio de seus atos e de suas afirmações quando ela está na posição de defesa[41].

Mesmo no tempo em que se acreditava que a dúvida deveria sempre beneficiar a Administração, o Conselho de Estado repudiava essa presunção, decidindo a dúvida em favor do administrado quando as suas afirmações eram consideradas plausíveis, especialmente se a Administração silencia ou se recusa a explicar os fatos ou a fornecer as provas que somente ela detém[42].

Se não se pode ignorar que o ato da autoridade pública se presume exato, legal e executório, cabendo ao administrado a prova contrária, hoje não se pode desconhecer que a essa presunção se contrapõe a presunção de inocência, que beneficia a todo cidadão e cuja eficácia não se limita ao domínio penal, mas se estende às sanções disciplinares ou profissionais e aos procedimentos perante as autoridades administrativas independentes, mesmo porque, num regime político respeitoso dos direitos do homem, nenhuma presunção de culpa é admissível[43].

Apesar de não se poder extrair da contumácia da Administração a confissão dos fatos favoráveis ao particular, deve ser reconhecida a sua aquiescência, quando a autoridade administrativa silencia em responder a uma afirmação fática do administrado, ressalvada a possibilidade de a Administração vir a purgar a sua mora posteriormente ao prazo de defesa, desde que o faça antes do encerramento da instrução da causa[44].

---

[41] *Idem, p.*96, citando decisões do Conselho de Estado em 28-7-51, 26-2-82 e 16-11-2001.

[42] *Idem, p.*97, citando decisões do Conselho de Estado de 27-7-04 e 4-12-59.

[43] *Idem, p.* 101/103 e, quanto a esta última afirmação, decisão do Conselho de Estado de 6-6-84.

[44] *Idem, p.*105.

Também na Itália, o Conselho de Estado, em decisão recente da sua seção plenária, assim se pronunciou:

> A completa paridade das partes no processo administrativo se impõe como valor de relevância constitucional no sentido dos artigos 24 e 3° da Constituição, segundo os quais não só a norma processual deve assegurar essa paridade em todos os momentos e graus do processo, mas também a sua interpretação não pode resultar em uma posição de privilégio de uma parte em detrimento de outra[45].

Comentando essa decisão, Enrico Follieri esclarece que o princípio afirmado pela seção plenária se inscreve na inclinação da jurisprudência que tende a reequilibrar no processo a relação entre o cidadão e a Administração Pública, elevando-a a um nível de paridade, com idênticos direitos e poderes: "Em síntese, poder-se-ia dizer que a essencial paridade de armas no contraditório processual se impõe e supera o privilégio da Administração no âmbito substancial"[46].

12. Conclusões

As anotações aqui feitas, muitas reproduzidas de estudos anteriores, não esgotam a análise de todas as questões envolvidas em um processo judicial em que uma das partes seja o Estado. Mas, desde logo, penso que elas me permitem extrair algumas conclusões que certamente serão úteis em mais aprofundados e específicos estudos futuros.

Em síntese, a busca da verdade objetiva não deve ser distorcida por presunções ou regras artificiais de valoração de determinadas provas.

---

[45] Decisão n. 14 de 29-12-2004, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 2/2006, p.495/499.
[46] *Idem*, *p.*501/502.

A Administração Pública, mais do que qualquer outro sujeito de direito, tem o dever de colaborar lealmente na busca da verdade, pois o Estado não tem interesse em punir inocentes ou arrecadar tributos sobre fatos inexistentes.

O acesso à tutela jurisdicional efetiva assegura ao cidadão paridade de armas perante a jurisdição administrativa e o direito de propor e produzir todas as provas que possam ser potencialmente úteis à demonstração da procedência de suas alegações, em igualdade de condições com o adversário.

O juiz deve velar para que essa igualdade seja real, suprindo com a sua iniciativa eventuais deficiências probatórias das partes.

Os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública somente se legitimam para suprir eventual inferioridade do Estado em relação ao particular, no exercício do seu direito de defesa e no amplo acesso à tutela jurisdicional efetiva em igualdade de condições com o seu adversário.

O segredo de Estado não pode limitar o contraditório e a ampla defesa. A impossibilidade de revelação do conteúdo de documentos por esse motivo, não permite que essa prova seja usada em detrimento do particular que litiga com a Administração.

Em face do suporte da jurisprudência predominante dos tribunais brasileiros e até mesmo de parte da doutrina ao tratamento processual privilegiado da Fazenda Pública em juízo, pode parecer uma utopia a defesa destas conclusões.

O que é imperioso lembrar é que não vivemos mais o período histórico da absoluta preponderância do interesse público sobre o interesse dos particulares, mas o do absoluto primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que não pode ser sufocado por qualquer alegação de interesse público, salvo em situações extremas como as de estado de sítio ou de defesa, nos limites rigorosos em que as circunscreve a própria Constituição.

O acesso à Justiça somente será efetivo, seja nas causas entre particulares, seja naquelas entre qualquer deles e o Estado, se os litigantes desfrutarem no processo judicial da mais rigorosa igualdade de oportunidades. Sem igualdade não há justiça e sem

a efetiva possibilidade de acesso à verdade não há jurisdição democrática: *veritas non auctoritas facit judicium*[47].

Espero que algum dia no Brasil possamos desfrutar nas causas do Estado de um processo verdadeiramente equânime, apto à objetiva busca da verdade e absolutamente respeitoso da paridade de armas. Transformar esse sonho em realidade não é impossível.

O que tentei demonstrar é que outros países, aos quais se vinculam as nossas tradições jurídicas, estão conseguindo implantá-lo. Penso que, no dia em que isso ocorrer no Brasil, toda a sociedade passará a respeitar a autoridade do Estado, hoje profundamente desgastada, porque terá deixado de vê-lo como um inimigo, mas verdadeiramente como o guardião do bem comum, que, sem prejuízo da sua tutela, respeita igualmente os direitos dos cidadãos e, no confronto entre aquele e estes, contribui de boa fé para a busca da verdade, em igualdade de condições com os demais interessados, para que afinal prevaleça o interesse efetivamente agasalhado pela lei, o único que o Estado tem de fato o direito-dever de defender.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2006.

Referências

BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana do livro *Direito e razão* de Luigi Ferrajoli (2ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006).

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 1997.

BUSCEMA, Ângelo e GIACOMO, Enzo di. *Il processo tributário*. Milano: Giuffrè, 2000.

[47] BOBBIO, Norberto, Prefácio à 1ª edição italiana do livro *Direito e razão* de Luigi Ferrajoli (2ª ed. Brasileira, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p.9).

CARVALHO, Paulo de Barros. "A Prova no Procedimento Administrativo Tributário". *In Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 34.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. *Execução civil (aspectos polêmicos).* Coord.: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha. São Paulo: Dialética, 2005.

GUEDES, Demian, "Efeitos das informações no mandado de segurança e de sua não-apresentação em juízo". *In Revista Dialética de Direito Processual*, nº11. São Paulo: Dialética, fevereiro de 2004.

GUINCHARD, Serge. *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. "O Devido Processo Legal Administrativo Tributário e o Mandado de Segurança". *In Processo Administrativo Fiscal.* São Paulo: Dialética, 1995.

MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité.* Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC.* Tomo IV. 3ª ed., 1996.

PLANTEY, Alain e BERNARD, François-Charles. *La preuve devant le juge administratif.* Paris: Economica, 2003.

PÉREZ, Jesús González. *Justicia Administrativa.* Madrid: Civitas, 1999.

Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo. Milano: Giuffrè, 2/2006.

SÀ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição.* São Paulo: Saraiva, 1999.

SANCHES, José Luís Saldanha. *Princípios do contencioso tributário.* Lisboa, 1987.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, s/d, ed. Max Limonad.

_____ *Primeiras linhas de Direito Processual Civil.* 2° vol., 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

SCHETTINO, Giuseppina. "L'istruzione probatória". *In Il nuovo processo amministrativo.* Coord. Maurizio De Paolis. Padova: CEDAM, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo e SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci A. de. "Verdade Material no 'Processo' Administrativo Tributário". *In Processo Administrativo Fiscal.* 3° vol.. São Paulo: Dialética, 1998.

SOUZA, Alfredo José de e PAIXÃO, José da Silva. *Código de Processo Tributário Comentado.* 4ª ed.. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUZA, Hamilton Dias de Souza. "Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade". *In Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 51.

SPISSO, Rodolfo R. *Tutela judicial efectiva em matéria tributaria.* Buenos Aires: Depalma, 1996.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici.* Milano: Giuffrè, 1992.

_____ "Idee per una teoria della decisione giusta". *In Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1997.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.