



Fernando Lopes

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

Leonardo Greco

\* Conferência proferida no Seminário Internacional sobre "Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e pela Universidade Federal Fluminense, nos dias 22 e 23 de agosto de 2006, no auditório da faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói – RJ.

Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 20-27, out./dez. 2006

## RESUMO

Alega que não há garantia de processo justo sem a "paridade de armas", ou seja, a igualdade das partes, e que, para assegurá-la, o juiz deve suprir as deficiências da parte em desvantagem, o que se torna particularmente importante nas causas do cidadão comum contra a Administração Pública.

Entende que os privilégios processuais da Fazenda Pública somente são legítimos na medida em que se impõem como instrumentos compensatórios da posição de inferioridade em que se encontra o Estado na defesa de sua posição processual, não sendo toleráveis para conferir a este posição de vantagem ou ainda dificultar ou retardar o acesso do cidadão à Justiça.

Demonstra, por meio de exemplos de outros países, não ser impossível a implantação no Brasil de um processo totalmente equânime e respeitoso da paridade de armas, apto à busca da verdade objetiva.

## PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição Administrativa; Direito Processual Civil; princípio do contraditório; Administração Pública; ônus da prova; CPC – art. 116; Fazenda Pública.

## 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 – 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 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. 5º, inc. LV).

De uma noção descritiva do seu conteúdo, como o princípio que assegura às partes o direito de participar ativamente do processo, ao apresentar argumentos, propor e produzir provas, além de discutir todas as questões de fato ou de direito submetidas à apreciação judicial, de modo a influir eficazmente nas decisões do magistrado, extraem-se relevantes conseqüências práticas, que serão 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, por meio de comunicações preferencialmente reais, para adotar 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 influenciando intensamente na 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 pela palavra oral e pelo contato 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 desse 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<sup>1</sup>, indispensável para que tal conjunto de prerrogativas possibilite às partes influir eficazmente nas decisões judiciais, por meio da intervenção no curso de toda 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.

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<sup>2</sup>. 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 as provas que possam ser úteis à defesa dos seus interesses<sup>3</sup>.

Justamente para conciliar esse direito com a necessidade de assegurar rápida solução ao litígio e com o dever do juiz de coibir manobras procrastinatórias, o processo moderno ampliou a utilização das técnicas de aceleração da prestação jurisdicional, como a novel tutela antecipada do art. 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 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<sup>4</sup>. 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.

## 3 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 constitucional e legalmente assegurados.

Taruffo já demonstrou o erro de associar a busca da verdade apenas ao modelo do processo civil inquisitório<sup>5</sup>, 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.

### *(...) a promessa constitucional do Estado de Direito (...) somente se tornará realidade se os litigantes tiverem a mais ampla oportunidade de demonstrar os fatos em que fundamentam os seus direitos.*

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

22

#### **4 A PROVA COMO GARANTIA**

Em estudo anterior, já ressaltai 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 mediante a 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<sup>6</sup>.

#### **5 JUSTIÇA E IGUALDADE**

Seria absolutamente pretensioso 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<sup>7</sup>, 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 "**paridade de armas**", pois, para que as partes possam influir eficazmen-

te na formação da decisão judicial, devem desfrutar das mesmas faculdades e nenhuma deve dispor, mais do que as outras, da 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 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<sup>8</sup>: *Se o injusto é o desigual, o justo é o igual*<sup>9</sup>.

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. 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 maiores possibilidades de demonstrar a veracidade das suas alegações ou que a lei lhe conferisse prazos mais vantajosos. A busca da verdade impessoal e objetiva estaria irremediavelmente sacrificada, o contraditório desrespeitado e, em conseqüência, frustrada a realização da tão almejada justiça.

Como acentua Martenet<sup>10</sup>, 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<sup>11</sup>.

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 no processo civil, ela está de qualquer modo claramente consagrada no art. 14 do Pacto de Direitos Cívicos 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 equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei*.

Tal 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.

#### **6 ÔNUS DA PROVA**

As regras que distribuem o ônus da prova entre as partes

são um dos instrumentos de realização desse equilíbrio, porque 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, mediante 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 se torna 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 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 estiver ao seu alcance, mas da parte contrária ou de terceiro.

#### 7 O DIREITO À PROVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Consoante já exposto em estudo anterior<sup>12</sup>, nas causas do Estado há uma 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 necessárias para demonstrar a procedência das suas alegações frente ao Estado. Assim, por exemplo, em matéria fis-

cal, as preclusões probatórias prescritas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto n. 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<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>. A requisição dos autos de qualquer procedimento administrativo também não pode ser obstada, salvo quando a sua simples exibição, nos termos do art. 41 da Lei das Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80), for suficiente para que dele a parte extraia todos os elementos necessários à sua defesa<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>. No próprio processo administrativo, de acordo com o § 2º do art. 38 da Lei n. 9.784/99 – e no judicial com maior razão –, as provas propostas pelo interessado somente podem ser recusadas em decisão fundamentada, quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

#### 8 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. 5º, inc. 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 mediante a 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 há de ser outro senão 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 ao cidadão um dano superior ao necessário. A própria lei de regência do processo administrativo (Lei n. 9.784/99), em seu art. 30, declara inadmissíveis, na instância administrativa, as provas obtidas por meios ilícitos. No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 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<sup>17</sup>.

Dessa orientação discrepou inconstitucionalmente a Lei Complementar n. 105/2001, com base na qual a administração fiscal passou a exercer controle direto sobre as movimentações financeiras de todos os contribuintes.

#### 9 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 declara-

*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.*

ções 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. No Estado democrático de Direito contemporâneo, não mais há de 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 os fundamentam. 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<sup>18</sup>.

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<sup>19</sup>.

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 provar o suposto fático da norma cujas conseqüências jurídicas invoca*<sup>20</sup>.

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<sup>21</sup>.

Aliás, como bem assinalou Paulo Celso Bergstrom Bonilha<sup>22</sup>, 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 art. 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 n. 433/99<sup>23</sup>), o art. 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 ao princípio *in dubio pro fisco* que era adotado antes de 1995<sup>24</sup>.

***As regras da distribuição do ônus da prova, portanto, não podem mais ser vistas como sagradas, já que a busca da verdade se torna cada vez mais essencial à garantia de um processo equânime.***

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<sup>25</sup>. Ao fisco incumbe a prova dos fatos constitutivos da obrigação tributária. 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<sup>26</sup>.

## **10 PRINCÍPIO DISPOSITIVO OU INQUISITÓRIO NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA**

É matéria polêmica na doutrina europeia sobre jurisdição ad-

ministrativa se o regime das provas nas causas do Estado se submete ao princípio dispositivo ou ao princípio inquisitório.

Para Jesús González Pérez<sup>27</sup>, apesar do princípio dispositivo, decorrente da aplicação subsidiária da legislação processual comum, o juiz, no processo administrativo, não é 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 objetivo do processo fiscal*. O princípio da investigação vai exigir o da inquisitorialidade. Nem por isso deixam de existir preclusões, inclusive as decorrentes da falta de interposição de recursos sobre certas questões<sup>28</sup>.

Igualmente na Itália, Giuseppina Schettino<sup>29</sup> 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 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<sup>30</sup>. A Administração Pública não tem o direito de esquivar-se ou 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, os 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<sup>31</sup>.

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.

## **11 A VERDADE E 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<sup>32</sup>. Conforme venho sustentando<sup>33</sup>, os chamados “**privilégios processuais da Fazenda Pública**” 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 encontra o Estado na defesa da sua posição processual. De nenhum modo são toleráveis para conferir-lhe posição de vantagem, dificultar ou retardar o acesso do cidadão à Justiça 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 Públi-

co nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente de interesse jurídico (Lei n. 9469/97, art. 5º), 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<sup>34</sup>, 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, 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<sup>35</sup>. 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<sup>36</sup> 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. Cita Nawiaski, que, em 1926, demonstrou não ser a relação entre fisco e contribuinte 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.

Em França, Alain Plantey e François-

Charles Bernard, com fundamento em jurisprudência do Conselho de Estado<sup>37</sup>, máxima instância da jurisdição contencioso-administrativa 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.

### *O Estado não pode pretender fazer valer os seus direitos mediante a violação dos direitos dos outros e muito menos ser o juiz supremo dos direitos dos cidadãos que ele está obrigado ou não a respeitar.*

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<sup>38</sup>.

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<sup>39</sup>. 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<sup>40</sup>. 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 adotar comportamento processual que desrespeite o seu dever de colabora-

ção na busca da verdade.

Mais adiante, os mesmos autores acenam 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<sup>41</sup>.

Mesmo no tempo em que se acreditava que a dúvida deveria sempre beneficiar a Administração, o Conselho de Estado repudiava essa presunção, deci-

dindo 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<sup>42</sup>.

Se não se pode ignorar que o ato da autoridade pública se presume exato, legal e executório, cabendo ao administrado a prova contrária, a essa presunção se contrapõe a 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<sup>43</sup>.

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<sup>44</sup>.

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 3º 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<sup>45</sup>.

Sobre 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<sup>46</sup>.*

## 12 CONCLUSÕES

Estas anotações, 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.

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

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.

Não vivemos mais o período histórico da absoluta preponderância do interesse público sobre o dos particulares, mas o período 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, pois sem esta não há justiça e sem a efetiva possibilidade de acesso à verdade não há jurisdição democrática: *veritas non auctoritas facit iudicium*<sup>47</sup>.

Algum dia no Brasil desfrutemos, 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. Outros países, aos quais se vinculam as nossas tradições jurídicas, estão conseguindo implantá-lo. 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.

## REFERÊNCIAS

- 1 V. meus ensaios “Garantias fundamentais do processo: o processo justo” e “O princípio do contraditório”. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- 2 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Max Limonad, p. 255; \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 241.
- 3 V. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 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*.
- 4 Idem, p. 527.
- 5 TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 21-25.
- 6 GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: 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*, Milano: Giuffrè, 1997. p. 319.
- 8 MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2003. p.13.
- 9 Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, capítulo III.
- 10 MARTENET, *op. cit.*, p. 78.
- 11 Idem, p. 90, 171 e 172.
- 12 GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo na execução fiscal: In: LOPES, João Batista e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (Coord) *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 256-258.
- 13 CARVALHO, Paulo de Barros. A Prova no Procedimento Administrativo Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 34, p. 104.
- 14 Lei n. 9.784/99, arts. 37 e 46; Lei n. 10.259/01, art. 11; MIRANDA, Pontes de, *Comentários ao CPC*, 3. ed. 1996. t. 4 p. 415.
- 15 GRECO. *As garantias fundamentais...*, *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*, São Paulo: Dialética, 1995. p. 84.
- 17 SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 51, p.60.
- 18 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 137.
- 19 CARVALHO, *op.cit.*, p. 104.
- 20 Sentenças de 23/10/89 e 29/1/90, citadas por PÉREZ, Jesús González. *Justicia Administrativa*. Madrid: Civitas, 1999. p. 159.
- 21 Sentenças de 22/3/82 e 14/6/84, citadas por PÉREZ, *op. cit.*, p. 160.
- 22 BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 66.
- 23 Disponível em: [www.sta.mj.pt](http://www.sta.mj.pt). Acesso em: 10 de nov. de 2006.
- 24 SOUZA, Alfredo José de; PAIXÃO, José da Silva. *Código de Processo Tributário Comentado*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 273-275.
- 25 BUSCEMA, Ângelo; GIACOMO, Enzo di. *Il processo tributario*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 140: *Le semplici affermazioni del fisco, ancorché contenute e*

*proclamate in processi verbali di constatazione, non possono di per sé 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).*

- 26 SCHOUERI, Luis Eduardo; SOUZA, Gustavo Emilio Contrucci A. de. Verdade Material no "Processo" Administrativo Tributário. In *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 153-155.
- 27 PÉREZ, *op. cit.*, p. 497.
- 28 SANCHES, José Luis Saldanha. *Princípios do contencioso tributário*. Lisboa, 1987. p.33-34.
- 29 SCHETTINNO, Giuseppina, *L'istruzione probatoria*. In: *Il nuovo processo amministrativo*. Padova: CEDAM, 2003. p. 136/141.
- 30 O § 2º 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. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 11, p. 54-66, fev. 2004.
- 32 GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005. p.783.
- 33 GRECO, *Garantias fundamentais ...*, *op.cit.*, p. 256
- 34 SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 59.
- 35 No meu estudo *Garantias...*, *op. cit.*, (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 Europeia de Direitos Humanos; e também TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. In *Revista de Processo* n. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 26, p. 165, jul-set 2001, que mencionou o art. 394, §§ 3º e 4º do Código italiano e a sentença *Vermeulen v. Bélgica*, de 20/2/1996, da Corte Europeia, 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*. Buenos Aires: De Palma, 1996. p. 231-233.
- 37 PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. *La preuve devant le juge administratif*. Paris: Economica, 2003. p. 39-40. Sentenças do Conselho de Estado de 2/3/51 e 30/1/59.
- 38 *Idem*, p. 91.
- 39 *Idem*, p. 93-94.
- 40 *Idem*, p. 94. Citam decisões do Conselho de Estado em 9/7/97, 21/6/85 e 12/2/93.
- 41 *Idem*, p. 96. Citam decisões do Conselho de Estado em 28/7/51, 26/2/82 e 16/11/2001.
- 42 *Idem*, p. 97. Citam decisões do Conselho de Estado de 27/7/04 e 4/12/59.
- 43 *Idem*, p. 101-103. Quanto a esta última afirmação, decisão do Conselho de Estado de 6/6/84.
- 44 *Idem*, p. 105.
- 45 Decisão n. 14, de 29/12/2004. In *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2/2006, p. 495-499.
- 46 *Idem*, p. 501-502.
- 47 BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana do livro *Direito e razão*. (FERRAJOLI, Luigi. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 9).

## ABSTRACT

*The author claims that there is no guarantee of a fair proceeding without the "parity of arms", that is, the parties' equality, and that, in order to ensure it, the judge must make up for the injured party's deficiencies, which becomes particularly important to ordinary citizen's lawsuits against the Public Administration.*

*He understands that the Public Treasury procedural privileges are only legal since they are imposed as compensatory instruments for the inferiority position where the State lies so as to defend its procedural position. Thus, such privileges are unacceptable to empower the State an advantage position as well as to difficult or to delay the citizen's access to Justice.*

*Eventually, he demonstrates, by means of other countries' examples, that is not impossible, in Brazil, the implementation of a*

*law proceeding which is totally fair and mindful of the parity of arms, and apt to search for the objective truth.*

## KEYWORDS

*Administrative Jurisdiction; Civil Procedural Law; adversary system; Public Administration; burden of proof; Code of Civil Procedure (CPC) – article 116; Public Treasury.*