

## NOTAS SOBRE A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL SOBRE A TÉCNICA PROCESSUAL NO CONTENCIOSO JUDICIAL ADMINISTRATIVO

FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO

*Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ), com período de pesquisa de um ano junto à Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer (Alemanha) e junto ao Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense. Advogado. Principais obras: Ônus da Prova no Direito Processual Público, Lumen Juris, 2009; A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível, Lumen Juris, 2005.*

Resumo: Um dos objetivos do presente trabalho é investigar a distinção apontada por alguns autores entre verdade formal e verdade material, especialmente no contexto dos litígios de direito público. Examina-se o modo pelo qual os princípios dispositivo e do inquisitório incidem e afetam o direito processual. Enquanto grande número de juristas brasileiros exige uma ampliação do poder judicial na investigação dos fatos, outros fazem recair as bases do processo justo sobre a autonomia processual das partes, a preservação da imparcialidade judicial e outras garantias processuais. A segunda orientação guiou metodologicamente o exame dos problemas apresentados.

Palavras-chave: Justiça Administrativa – poder judicial – garantias do processo justo.

Abstract: One of the scopes of the work is to investigate the strict differentiation carried out by some authors between formal and material truth particularly in the public law litigation context. It is examined how the application of the adversarial principle and the inquisitorial principle affects the procedural law. While great number of brazilian jurists demand an expansion of judicial power, other jurists place on the procedural autonomy of the parties as well as the preservation of the judicial impartiality and other procedural rights the basis of the fair process. The second orientation was elected as the methodological starting point to guide the present analysis.

Keywords: Administrative Justice – judicial power – due process guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Busca da verdade, direito material e processo justo – 3. Princípio dispositivo e princípio inquisitório – 4. Imparcialidade judicial entre publicismo e garantismo – 5. O “juiz ativo” e o “juiz garante” – 6. Relevância da (in)disponibilidade do direito – 7. Concepção

objetiva e subjetiva de Justiça Administrativa: primazia dos direitos fundamentais ou supremacia do interesse público? – 8. Conclusões – 9. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A técnica processual, enquanto objeto da Ciência do Direito Processual, pode ser entendida como um conjunto de meios adequados destinados a produzir resultados úteis no processo.<sup>167</sup> Como a aplicação do Direito não é neutra ou indiferente, pode-se perceber a influência direta da ideologia jurídica dominante sobre a utilização da técnica processual.<sup>168</sup>

Ao lado desse elemento subjetivo, existe ao menos um elemento objetivo importantíssimo que (inter)age com a técnica processual: o direito material.<sup>169</sup> Assim, cumpre reconhecer que fatores extraprocessuais atuam sobre a técnica processual e, nesta linha, questiona-se, primeiramente, a possibilidade de se extraírem conseqüências processuais a partir da natureza do direito material deduzido em juízo.

A doutrina pátria do Direito Administrativo é praticamente uníssona ao estabelecer uma presunção de legitimidade e veracidade dos atos praticados pela Administração, que tem como reflexo processual a isenção da Administração de provar os fatos afirmados, dificultando sobremaneira as chances de vitória dos cidadãos no contencioso judicial administrativo.

Sabe-se que o Direito Administrativo, hoje, passa por mudanças profundas em suas formulações teóricas. Isto se deve ao fato de que, nos países democráticos se espera uma Administração que permita a participação dos cidadãos e que estes sejam ouvidos, e não uma Administração autoritária.<sup>170</sup>

Em feliz metáfora, MAURO CAPPELLETTI<sup>171</sup> afirmou que o direito processual pode ser comparado a um espelho no qual são refletidos os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico. E como o momento atual reclama formas de promoção e proteção dos direitos fundamentais, não pode ser outra a preocupação do direito processual.

O presente estudo pretende investigar, se a busca da verdade é finalidade do processo e se é relevante a distinção entre verdade formal e verdade material. Isto nos leva a indagar se vige no

---

<sup>167</sup> Cf. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 45 e ss; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. item 15, p. 59.

<sup>168</sup> Sobre o tema, consulte-se: OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Processo e Ideologia*, cap. I, p. 16 e ss.

<sup>169</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e Processo*, p. 46 e ss.

<sup>170</sup> Sobre o modelo europeu de Administração participativa, consulte-se: ROBERTO CARANTA, LAURA FERRARIS, SIMONA RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, p. 18 e ss.

<sup>171</sup> *O processo civil no direito comparado*, p. 18.

contencioso judicial administrativo o princípio dispositivo ou o princípio inquisitório. Por derradeiro, examinar-se-á as concepções objetiva e subjetiva de Justiça Administrativa, o que influi decisivamente para a adoção de um modelo de primazia dos direitos fundamentais ou de supremacia do interesse público.

## 2. Busca da verdade, direito material e processo justo

Existe uma necessidade garantística de apuração dos fatos no processo, porque uma decisão justa está ancorada à verdade e isto deve ser tomado como pressuposto de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos.<sup>172</sup> Neste tópico, pretende-se descobrir como opera a técnica processual na busca da verdade no processo, bem como traçar os seus limites.

O movimento *garantista* tem ensejado verdadeira revisão metodológica no Direito Processual, especialmente no campo do processo penal, exigindo que o julgamento seja realizado por um juiz imparcial, equidistante das partes. Tal movimento parece, no entanto, pouco influente no outros ramos do Direito Processual.<sup>173</sup>

No campo do processo civil, a escassez de iniciativas instrutórias oficiais constitui, ao lado da inobservância de prazos pelos agentes do juízo e da motivação superficial ou lacunosa da decisão, alvo de críticas dirigidas à atuação do juiz no que diz respeito à condução do processo e à resolução da lide.<sup>174</sup>

Nesta linha, vem ganhando espaço a idéia de que o juiz deve desempenhar papel ativo na produção de provas, porque com a atividade instrutória do magistrado tem-se a garantia de que se busca a *verdade*.<sup>175</sup> Contudo, pela incerteza na sua descoberta, tal busca revelou-se problemática. Tentaram os juristas solucionar esse impasse a partir da distinção entre “verdade formal” (construída dentro do processo e que muitas vezes não corresponde aos fatos reais pretéritos) e “verdade material” (empírica).<sup>176</sup> A propósito, é fácil encontrar, ainda hoje, nos manuais a assertiva de que o processo civil se contenta com a verdade formal, enquanto que o processo penal deve buscar a verdade material, muito embora tal distinção tenha sido muito contestada a partir de 1915, sobretudo, por FRANCESCO CARNELUTTI:

---

<sup>172</sup> LEONARDO GRECO, “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*, p. 448.

<sup>173</sup> Sobre o garantismo processual, fundamental a consulta de LORCA NAVARRETE, “El Derecho Procesal como sistema de garantías”, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mayo-Agosto de 2003, Número 107, p. 531/557.

<sup>174</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, in: *Participação e Processo*, p. 383-4.

<sup>175</sup> Cf. TERESA ARRUDA ALVIM, “Reflexões sobre o ônus da prova”, in: *Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*, p. 247.

<sup>176</sup> Cf. MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, p. 4 e 37.

“...agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o ne diverge, e non è che una non verità”.<sup>177</sup>

Tal assertiva está ancorada na premissa de que o direito privado cuida de *direitos disponíveis* enquanto o direito público de *direitos indisponíveis*. Afigura-se, no entanto, questionável tal diferenciação.<sup>178</sup> Ademais, a reconstrução dos fatos no processo civil não é menos relevante que no processo penal, porque as conseqüências daquele processo podem ser até mais graves,<sup>179</sup> como ocorre com a perda do pátrio poder em comparação com a pena de multa criminal.

Agrava-se o problema ainda mais no campo do chamado direito processual público, ou seja, aquele ramo do direito processual voltado para a composição de conflitos em que o Estado aparece como parte em juízo.<sup>180</sup>

Não se quer negar importância aos litígios envolvendo particulares, tampouco asseverar que inexistente interesse público na solução dos litígios privados. Deve-se reconhecer, todavia, que a relação processual que envolve o particular e o Estado como partes é qualitativamente diversa, porque nela há, normalmente, um desequilíbrio de forças. Tal desequilíbrio é ainda mais acentuado no Brasil, quer pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, quer pelos privilégios processuais de que goza a Administração Pública.

Lembre-se que inexistente Brasil, ainda, uma lei que trate dos princípios e regras gerais do *contencioso judicial administrativo*. Embora existam leis que tratam de alguns procedimentos judiciais envolvendo a Administração, aplica-se, onde não houver norma especial, o Código de Processo Civil, que contém poucas regras referentes à relação processual em que estão presentes o particular e a Administração.

É de se questionar se as regras processuais aplicadas às relações envolvendo o direito privado devem ser aplicadas às relações processuais travadas entre Estado e cidadão no que se refere ao encontro da verdade. Há autores, neste campo, que sustentam a prevalência do princípio da verdade material nas causas em que o Estado é parte, sem desconsiderar, no entanto, normas limitadoras, como a que veda o uso de provas ilícitas e o conhecido princípio da demanda.<sup>181</sup> Tais normas, apesar de indispensáveis à realização de um processo justo, contribuem para obstaculizar o encontro da verdade absoluta.

---

<sup>177</sup> No vernáculo: “... fácil observar como a verdade só pode ser uma, de modo que ou a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou diverge dela, e não é mais que uma não verdade” (*La prove civile*, p. 29).

<sup>178</sup> Neste sentido: GABRIEL LACERDA TROIANELLI, “Os Princípios do Processo Administrativo Fiscal”, *in*: *Processo Administrativo Fiscal*, vol. 4, p. 67.

<sup>179</sup> EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à prova no processo civil*, p. 73.

<sup>180</sup> Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, p. 1; “A emergência do Direito Processual Público”, *in*: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, p. 34 e ss.,

<sup>181</sup> Por ex.: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa (Lições)*, p. 430-431.

Por outro lado, um juiz ativo, com poderes para descobrir a verdade a qualquer preço, pode acabar substituindo o poder das partes na atividade destinada à produção de provas acarretando a negação do princípio dispositivo,<sup>182</sup> o que seria incompatível com o *modelo processual garantista*.<sup>183</sup>

Nesta linha, é curioso notar que, no âmbito da jurisdição penal de alguns países, assiste-se à *limitação dos poderes dos juízes* para que não seja comprometida a imparcialidade, enquanto na jurisdição civil ocorre o inverso, apesar de se tratar de direito privado.<sup>184</sup>

Com efeito, o direito material público caracteriza-se, segundo a doutrina, pela indisponibilidade do *interesse* pertinente ao Estado. Como transportar, então, o princípio dispositivo para as situações de direito material público sem comprometer a busca da verdade?<sup>185</sup>

Seja como for, deve ser repudiada a distinção entre verdade formal e verdade material, porque a verdade material como descrição minuciosa do fato exatamente como aconteceu esbarra na: 1) impossibilidade jurídica (lei coloca limitações à busca da verdade, como o uso de provas ilícitas e preclusões); 2) impossibilidade fática (quando o fato está registrado apenas na memória de testemunhas, o tempo e a contradição das informações podem tornar a tarefa decisória deveras difícil); 3) irrelevância prática (há fatos que não interessam ao direito (na maioria dos casos, a cor da roupa, a altura das pessoas etc.); 4) interpretação diversa dos fatos (valorações e descrições parciais que influenciam a decisão).<sup>186</sup>

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER explica, a propósito, que:

“A verdade não é o fim do processo. É apenas meio. Não se busca a verdade por amor à verdade, mas apenas para se poder afirmar se incidiu ou não incidiu norma jurídica. É preciso decidir, de preferência em curto prazo. Por isso mesmo, não se busca a verdade absoluta ou material. Certo, a verdade é uma só e, portanto, não se pode opor uma verdade relativa ou formal a uma verdade absoluta ou material. Assim, quando se diz que o processo se contenta com a verdade formal, o que na realidade se afirma é que nele se

---

<sup>182</sup> Para MARCELO ABELHA RODRIGUES, “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 245-246, assevera que, na busca da justiça, o juiz deve estar dotado de poderes instrutórios ilimitados, que lhe permitam ser um “caçador da verdade”, desde que não contrariem os preceitos éticos.

<sup>183</sup> Neste sentido, JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, p. 80-1.

<sup>184</sup> Idem, p. 82. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in: *Revista de Processo*, vol. 94, p. 13 e ss.

<sup>185</sup> Cf. CASSIO SCARPINELLA BUENO, “A emergência do Direito Processual Público”, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, p. 34.

<sup>186</sup> Cf. JUAN MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 109 e ss. Lembra ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 31, p. 17: “aquele que está em melhores condições de provar está, também, em melhores condições de desvirtuar a prova”.

procura a verdade, mas, sendo impossível, difícil ou inconveniente alcançá-la, contentamo-nos com uma aparência de verdade.”<sup>187</sup>

Assim, tem-se que, para prestar a tutela jurisdicional, o magistrado deve realizar todos os esforços para buscar a verdade, limitados pelos fatos trazidos pelas partes, e pelas limitações legais e constitucionais de seus poderes de instrução.<sup>188</sup>

A verdade que se busca no processo, se é que pode ser assim qualificada, é a “verdade processual”, a qual forma no julgador a “convicção de certeza”. Se a “verdade processual” – que é meio para a realização do processo justo – não for encontrada (porque os fatos permanecem controversos), valerá a decisão de acordo com as regras do ônus da prova (objetivo). Neste caso, pouco importará que a verdade tenha sido encontrada, porque este é o preço que se paga pelo processo justo. Ora, o processo judicial deve ser qualificado como justo sempre que ele torne possível a busca da verdade; e não só quando ele a encontre. Ademais, seria ingênuo, considerando os limites temporais do processo, que ele constitua instrumento capaz de permitir a determinação da “verdade absoluta” a respeito dos fatos.

Conclui-se, portanto, que a dicotomia da verdade material e da verdade formal se encontra superada, em especial para diferenciar o processo civil do processo penal,<sup>189</sup> o que não significa dizer que o conhecimento da realidade empírica dos fatos seja impossível.<sup>190</sup> Também para o contencioso judicial administrativo a distinção deve ser abandonada.

### 3. Princípio dispositivo e princípio inquisitório

Neste tópico, tratar-se-á da terminologia que envolve o princípio dispositivo e o princípio inquisitório, bem como a influência que exercem sobre os poderes das partes e do juiz.

Em primeiro lugar, deve-se afirmar que tais princípios não se excluem mutuamente. A propósito, se for lançado um olhar no contencioso judicial administrativo alemão, ver-se-á que o princípio dispositivo coexiste com o princípio inquisitório: “Untersuchungsgrundsatz und Dispositionsmaxime sind also kein gegensatz – sie ergänzen sich viehlmehr.”<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, p. 48.

<sup>188</sup> Vejam-se as limitações expostas de forma didática em JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *op.cit.*, p. 48.

<sup>189</sup> No sentido do texto: FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, p. 102.

<sup>190</sup> EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à prova no processo civil*, p. 72.

<sup>191</sup> “Princípio inquisitório e princípio dispositivo não são, portanto, opostos, mas complementares” (FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 578).

O princípio inquisitório (*Untersuchungsgrundsatz* ou *Amtsermittlungsgrundsatz*) atribui ao tribunal a responsabilidade pela investigação da veracidade dos fatos (§ 86, I, 1ª parte da *VwGO*).<sup>192</sup> Isto não significa, no entanto, que o tribunal tenha que investigá-los sozinho. As partes têm o dever de cooperar no esclarecimento dos mesmos.<sup>193</sup>

No que se refere ao princípio dispositivo (*Dispositionsgrundsatzes* ou *Verfügungsgrundsatzes*), várias formas de manifestação são conhecidas no contencioso judicial administrativo alemão,<sup>194</sup> a saber:

1) Princípio da demanda (*Antragsgrundsatz*) – não pode haver processo sem demanda proposta, de modo que nenhum processo pode ser instaurado de ofício pelo magistrado.<sup>195</sup>

2) Poder processual de indicar os meios de prova (*Das Recht der Partei zur Benennung von Beweismitteln* – *VwGO*, §82, I; §87b, II, 1 e 3; §128a, I, II),<sup>196</sup> embora deva o tribunal de ofício, em virtude do princípio inquisitório, fazer uso dos meios de prova que entender adequados (*VwGO*, § 86);

3) Poder processual de modificar a ação proposta (*Klageänderung* – *VwGO*, § 91) e Poder de desistir da ação proposta (*Klagerücknahme* – *VwGO*, §92);

4) Poder material de dispor da pretensão/resistência deduzida em juízo, isto é, a renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido (*Das Recht der Partei, bei der Erledigung der Hauptsache, auf einen Anspruchsverzicht oder ein Anerkenntnis* – *VwGO*, § 87a, I, 2) ou mesmo fazer uma transação (*Prozessvergleich* - *VwGO*, §106).

Isto significa que, em razão do princípio dispositivo, podem as partes determinar o início e fim do processo, bem como chegar a uma composição acerca do objeto litigioso no contencioso judicial administrativo alemão.<sup>197</sup>

Poder-se-ia, ainda, acrescentar a este rol, como manifestação do princípio dispositivo, o poder processual de limitar a matéria fática (alegações) levada a juízo (*Verhandlungsgrundsatz* ou *Beibringungsgrundsatz*).<sup>198</sup>

---

<sup>192</sup> WOLFF/DECKER, *VwGO/VwVfG*, p. 295.

<sup>193</sup> TETTINGER/WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 30-31. Ver item 5.4.

<sup>194</sup> Cf. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, S. 577; STEFAN KUNTZE in: Johann Bader *et alii*, *Verwaltungsgerichtordnung*, § 86, p. 824; KOPP/SCHENKE, *Verwaltungsgerichtordnung: Kommentar*, § 86, p. 997.

<sup>195</sup> EBERHARD SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, S. 18. „Wo kein Kläger, da kein Richter“ (onde não há autor, não há juiz). Lembra WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 23, que há duas exceções, referente ao procedimento de controle de normas do §47 e nos procedimentos de urgência.

<sup>196</sup> Cf. EBERHARD SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, p. 189 e ss.

<sup>197</sup> TETTINGER/WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 30. No direito brasileiro, pode a parte autora, igualmente, desistir da ação proposta (art. 267, VIII, CPC); no entanto, se a desistência for apresentada após a resposta do réu, terá de obter a sua concordância. Nada impede a autocomposição pelo reconhecimento jurídico do pedido, pela transação ou pela renúncia à pretensão (art. 269, CPC).

<sup>198</sup> Cf. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 8.

No entanto, é preciso notar que no direito alemão a grande maioria dos autores opõe o princípio inquisitório (*Inquisitionsmaxime*) ou da investigação de ofício dos fatos (*Untersuchungsgrundsatz*) ao princípio das alegações deduzidas (*Verhandlungsgrundsatz*)<sup>199</sup> ou aportação (*Beibringungsgrundsatz*) dos fatos pelas partes.<sup>200</sup> Já o princípio do impulso oficial (*Offizialmaxime*) contrapõe-se ao princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), o que contrasta com a terminologia brasileira.

Em síntese apertada, pode-se dizer, com o apoio de DIETER LORENZ,<sup>201</sup> que no contencioso judicial administrativo alemão vige o princípio dispositivo em relação à disponibilidade do processo e, ao mesmo tempo, o princípio inquisitório no que concerne à investigação dos fatos afirmados.

Nesta linha também pode ser inserido o modelo de Justiça Administrativa portuguesa, onde coexistem o princípio dispositivo referente à condução e extinção do processo, e o princípio inquisitório relativo à instrução.<sup>202</sup>

Na Justiça Administrativa italiana criou-se uma figura intermediária aos modelos dispositivo e inquisitório para se referir ao fenômeno: *sistema dispositivo con metodo acquisitivo*.<sup>203</sup> Isto significa que, embora haja a vigência do princípio dispositivo, o juiz possui um papel ativo na fase de instrução, devendo determinar a investigação dos fatos de ofício, mas somente aqueles que tenham sido apresentados pela parte,<sup>204</sup> com um princípio (mínimo) de prova.<sup>205</sup>

Na Espanha, embora a terminologia alemã seja seguida, o sistema apresenta solução parcialmente diferente para as demandas da Justiça Administrativa. Apesar da vigência do princípio dispositivo (que confere às partes o total domínio sobre os seus direitos processuais e materiais), cabe às partes levar ao conhecimento do magistrado não só os fatos, mas também as provas pertinentes para que ele as valore.<sup>206</sup> Embora a legislação pareça consagrar o princípio inquisitório

---

<sup>199</sup> Este princípio é de tradução difícil. O termo *Verhandlung* é polissêmico e pode indicar debate, audiência ou negociação. Optou-se no texto por um equivalente funcional, privilegiando-se, assim, o sentido, e não a sua tradução literal. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, p. 407 (art. 131, item 3), chama a *Verhandlungsmaxime* de “princípio de controvérsia”.

<sup>200</sup> Um dos estudos pioneiros acerca da aplicação dos princípios inquisitório e dispositivo no processo civil, processo penal e processo administrativo pertence a MAX SCHULTZENSTEIN, “Die Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten”, in: *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Band. 43, p. 301 e ss

<sup>201</sup> *Verwaltungsprozessrecht*, p. 515.

<sup>202</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa (Lições)*, p. 421-3 e 430-1.

<sup>203</sup> CARLO EMANUELE GALLO, “L’istruttoria processuale”, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo IV, p. 3339 e 3341; FRANCESCO CARINGELLA, *Corso di Diritto Processuale Amministrativo*, p. 721.

<sup>204</sup> CARLO EMANUELE GALLO, “L’istruttoria processuale”, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo IV, p. 3340.

<sup>205</sup> MARCO LIPARI, “I principi generali dell’istruttoria nel processo amministrativo” dopo la L. n. 205 del 2000”, in: *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003, fascicolo I, p. 92-93. O autor observa que, em razão da posição de superioridade da Administração, o ônus da prova do cidadão é reduzido (idem, p. 96). Neste sentido: FELICIANO BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, p. 441-444. Para GIUSEPPE MARIA CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributário*, p. 582-583, a expressão “onere del principio di prova” é pouco feliz, porque o ônus da prova deve ser assumido em regra pela Administração, já que o cidadão encontra-se em posição de inferioridade.

<sup>206</sup> JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, vol. II, p. 1195.

no art. 61 da *Ley 29/1998, de 13 de julio (reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*,<sup>207</sup> a doutrina espanhola não tem interpretado o dispositivo em sua literalidade, reduzindo, portanto, o seu alcance.<sup>208</sup>

No Brasil, embora um ou outro autor faça a distinção, o princípio dispositivo é tomado como gênero, abrangendo: a) o princípio da demanda (arts. 2º, 128, 262 e 460, CPC); b) o poder das partes de dispor do direito material (arts. 269, II, III e V, CPC); c) o princípio da apuração, que vincula o juiz aos fatos alegados (art. 128 e 302, CPC);<sup>209</sup> d) o princípio da disponibilidade das provas, que vincula o juiz às afirmações provadas (arts. 282, VI e 300, CPC).<sup>210</sup> Nesta linha de pensamento, HUMBERTO THEODORO JR. diferencia o princípio inquisitivo ou inquisitório do princípio dispositivo:

“Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios ao seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente da iniciativa ou da colaboração da parte. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador. Modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.”<sup>211</sup>

Parte da doutrina, no entanto, restringe o princípio dispositivo, por influência da doutrina italiana, ao dever do juiz de julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes

---

<sup>207</sup> “1. El Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. 2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria. 3. Las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen al amparo de lo previsto en los dos apartados anteriores. 4. Si el Juez o Tribunal hiciere uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba, y las partes carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el resultado de la prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán, en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia. 5. El Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos. A los efectos de la aplicación de las normas sobre costas procesales en relación al coste de estas pruebas se entenderá que son partes todos los intervinientes en los procesos sobre los cuales se haya acordado la extensión de sus efectos, prorrateándose su coste entre los obligados en dichos procesos al pago de las costas.”

<sup>208</sup> Cf. IGNACIO MARRERO FRANCÉS *et alii*, “Análisis del art. 429, I, II y III LEC”, in: *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, p. 61-62.

<sup>209</sup> O art. 128 do Código de Processo Civil cuida não só do princípio da apuração (“questões suscitadas”), mas também do princípio da adstrição da sentença ao pedido (“limites da lide”).

<sup>210</sup> Assim, por exemplo, ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, cap. I, item 4.

<sup>211</sup> *Curso de Direito Processual Civil*, vol I, p. 29.

(*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes.<sup>212</sup> Nesta linha de pensamento situam-se ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, mas advertem que o *princípio dispositivo* não pode ser confundido com o *princípio da disponibilidade*, nestes termos:

“Chama-se poder dispositivo [*sic*] a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não os seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir “da ação”) ou a certas situações processuais. Trata-se do princípio da disponibilidade processual”.

Estes dois princípios geram alguma confusão, não só porque os próprios autores atribuem função similar ao princípio da demanda (“possibilidade de apresentar a pretensão em juízo”), mas, sobretudo, pela semelhança terminológica.<sup>213</sup> Assim, o princípio da disponibilidade – e não o princípio dispositivo – teria como termo espanhol correspondente princípio dispositivo e o alemão seria *Dispositionsmaxime* ou *Verfügungsgrundsatz*.

Em razão da enorme confusão que seria trocar o conceito do princípio dispositivo em sentido restrito no direito brasileiro para adequá-lo ao termo similar alemão e espanhol, melhor é tomá-lo em sentido amplo. Assim, o princípio dispositivo confere às partes, no processo civil brasileiro, o poder de provocar a atividade judicial (princípio da demanda), alegar ou provar os fatos a elas pertinentes, bem como dispor do processo (desistência) e do direito material (autocomposição) como bem entenderem.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Por exemplo: OVÍDIO BATISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, item 3.1 e 3.2. Atualmente, há quem restrinja ainda mais o princípio dispositivo, com o argumento que a produção não é monopólio das partes. Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 102, “Dizia-se antigamente: “*iudex iudicare, debet secundum allegata et probata a partibus*. Afirma-se hoje: *iudex iudicare, debet secundum allegata – a partibus*” (grifos nossos). Também defende esta última posição: ANTONIO JANYR DALL’AGNOL JÚNIOR, “Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”, in: *Revista Jurídica*, vol. 280, p. 21; MARCELO ABELHA RODRIGUES, “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 246.

<sup>213</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, §68, b), nota de rodapé 117, p. 103, faz menção à falta de clareza sobre qual o princípio antinômico da regra dispositiva. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 87, classifica-o de “termo altamente equívoco”.

<sup>214</sup> Neste sentido: HUMBERTO THEODORO JR. *Curso de Direito Processual Civil*, vol I, p. 29; AFRÂNIO SILVA JARDIM, “O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno”, in: *Revista de Processo*, vol. 44, p. 168, distingue o *princípio dispositivo material* (poder de a parte dispor de seus direitos ou pretensões materiais) do *princípio dispositivo formal* (poder de a parte dispor de seus direitos, faculdades, ônus processuais etc.). Esta classificação já aparecia em: SENTIS MELENDO, *La Prueba*, p. 19, denominando a *Dispositionsmaxime* de princípio dispositivo em sentido substancial e a *Verhandlungsmaxime* de princípio dispositivo em sentido processual.

Não se quer negar que o poder que a parte tem de provocar a instauração do processo (princípio da demanda) é algo bem diferente do poder que a parte tem de alegar os fatos que ela pretende provar. O que se quer dizer é que ambos podem ser considerados manifestações do princípio dispositivo. Note-se que o próprio princípio da demanda, contém, sem prejuízo teórico, pelo menos dois sub-princípios: a) princípio da inércia – cabe à parte provocar o exercício da atividade judicial (arts. 2º e 315, CPC); b) princípio da adstrição – a sentença está limitada ao *pedido* formulado pelas partes (arts. 128 e 460), subdividindo-se este último, ainda, em b.1) princípio da congruência e b.2) princípio da correlação.<sup>215</sup>

#### 4. Imparcialidade judicial entre publicismo e garantismo

Ao lado do poder das partes da relação processual, encontra-se o poder de instrução do magistrado. Não há lugar, no processo moderno, para o juiz inerte,<sup>216</sup> tampouco para o juiz autoritário.<sup>217</sup> Afinal, pode o magistrado levantar provas de ofício sem que comprometa a sua imparcialidade?

Exige-se, hodiernamente, que o magistrado seja o sujeito capaz de possibilitar o diálogo humano entre as partes.<sup>218</sup> Se isto não for possível, o magistrado, na busca pela decisão justa deve estar pronto para garantir a paridade de armas. Fala-se hoje do princípio do juiz ativo e prega-se o ativismo do juiz, em razão do caráter público do processo. Seria o “juiz ativo” a figura capaz de assumir o papel dialógico no debate judicial sem comprometer a sua imparcialidade? A favor do ativismo judicial, manifestou-se MÁRCIA CUNHA S.A. DE CARVALHO, nestes termos:

“Qualquer possibilidade de desequilíbrio entre as partes gerado pelo ativismo judicial pode ser imediatamente neutralizado pelo contraditório. Ou seja, o juiz, ao determinar a produção de alguma prova ou a realização de qualquer ato que estaria ao encargo de uma das partes, deve imediatamente conceder oportunidade para que a parte contrária possa produzir prova ou se manifestar

---

<sup>215</sup> JOSÉ AUGUSTO GALDINO DA COSTA, *Princípios Gerais no Processo Civil*, item 2.1.2, p. 47, explica que o princípio da congruência se refere ao pedido imediato e o princípio da correlação ao pedido mediato.

<sup>216</sup> NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, “Autoridad y Libertad en el proceso civil”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, p. 235, assevera que o juiz inerte não resulta do *Code de Procédure* napoleônico de 1806 ou falta de regulamentação legislativa, porém, muito mais de uma “abulia profissional”.

<sup>217</sup> Em defesa do juiz autoritário, consulte-se: LUIZ MACHADO GUIMARÃES, “A Reforma Processual e a missão do advogado”, in: *O Processo Oral*, p. 239 e ss. Note-se que na época o termo autoritário não possuía a conotação negativa que possui hoje, porque era uma forma de expressão da autoridade. Isto se explica porque muitos defendiam uma ideologia autoritária. Para estes era o termo liberal que possuía conotação negativa. Para uma visão crítica do juiz autoritário no contexto do Código de Processo Civil de 1939, consulte-se: MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, p. 114.

<sup>218</sup> Cf. LEONARDO GRECO, “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, p. 102 e ss.

sobre a determinação da realização, dando-lhe azo a influir na decisão que possa daí advir.”<sup>219</sup>

A figura do juiz ativo já aparece na jurisprudência, até em acórdãos de Tribunais Superiores:

“O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual, em sua formulação inicial, o juiz deveria julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, como hoje cediço, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, entre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade.” (REsp 178189 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1998/0043261-2 – Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - QUARTA TURMA – Data do julgamento: 06/03/2003 – Data da publicação/fonte: DJ 07.04.2003 p. 289).

Mas até que ponto pode o juiz levantar provas de ofício sem que haja o comprometimento de sua imparcialidade e que diferenças podem ser encontradas entre os poderes do juiz no processo civil e o juiz do contencioso judicial administrativo? Ensina FRANCESCO CARNELUTTI<sup>220</sup> existir uma relação íntima entre a alegação e a prova. Se as partes estão em condições de igualdade e as afirmações de uma contradizem as da outra, nenhuma pode pretender que sua palavra valha mais que a palavra da outra. Por isso, a própria parte sabe que tem de provar sua alegação, porque sem prova esta de nada vale. Daí haver além do ônus de alegar, o ônus de provar. A idéia é que se o juiz não pode, de ofício, procurar os fatos, também não pode buscar as provas.

Embora haja um peso muito grande do princípio dispositivo no processo civil, é de se reconhecer a existência de numerosos dispositivos do Código de Processo Civil que conferem poderes ao magistrado no que tange às iniciativas instrutórias,<sup>221</sup> como, por exemplo, o poder de determinar, de ofício, o comparecimento pessoal das partes ou testemunhas a fim de interrogá-las sobre fatos da causa (art. 342 e 417, CPC); o poder de ordenar a exibição de livros e documentos (art. 391, CPC), bem como o poder de realizar, ainda que não haja provocação, a inspeção judicial

---

<sup>219</sup> “A Constituição Federal e o Princípio do Juiz Ativo”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, p. 102

<sup>220</sup> *Diritto e processo*, p. 264.

<sup>221</sup> Cf. NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, “Autoridad y Libertad en el proceso civil”, in: *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972)*, p. 236.

(art. 440).<sup>222</sup> E ainda há a regra do art. 130 do Código de Processo Civil que confere carta branca ao juiz para determinar, de ofício, as provas que entender pertinentes.

Aliás, não são poucas as tentativas – muitas vezes autoritárias – de redução da incidência do princípio dispositivo no processo civil. Quando BAUMBACH<sup>223</sup> propôs em 1938 o redimensionamento do processo civil pela jurisdição voluntária, com um juiz dotado de poderes extraordinários, recebeu prontamente a crítica de CALAMANDREI,<sup>224</sup> porque isto acarretaria o fim do processo civil.<sup>225</sup>

Hoje a velha polêmica renasce em razão do trabalho de MONTERO AROUCA,<sup>226</sup> contrapondo publicistas e garantistas.<sup>227</sup>

Em um esforço de apertada síntese, pode-se dizer que os publicistas (defensores de um ativismo judicial probatório praticamente incondicionado) estão preocupados, sobretudo, com a efetividade do processo, um processo de resultados, e acreditam que o fortalecimento dos poderes

---

<sup>222</sup> No art. 429, 1, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000 existe importante dispositivo que reflete a limitação do princípio dispositivo preservando, no entanto, a regra do diálogo processual no momento da audiência de conciliação do procedimento ordinário, nestes termos: “Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal [grifos nossos].

Sobre o tema, consulte-se a seguinte coletânea: XAVIER ABEL LLUCH Y JOAN PICÓ I JUNOY (coord.), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*.

<sup>223</sup> “Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit”, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, p. 583 e ss. Registre-se que esta revista pertencia a um instituto nacional-socialista de juristas.

<sup>224</sup> “Abolizione del processo civile?”, in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, p. 336 e ss.

<sup>225</sup> Cf. a exposição e crítica à literatura da metade do século XX de NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, “Liberalismo y Autoritarismo en el proceso”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, p. 246 e ss.

<sup>226</sup> *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>227</sup> Consulte-se, a propósito, a obra coordenada por JUAN MONTERO AROCA, *Proceso Civil e Ideología*, com os seguintes artigos: FRANCO CIPRIANI, “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, in: *ob.cit.*, p. 51 e ss.; GIOVANNI VERDE, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, in: *ob. cit.*, p. 67 e ss.; FRANCO CIPRIANI, “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, in: *ob.cit.*, p. 81 e ss.; GIROLAMO MONTELEONE, “Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un “revisionista”, *ob.cit.*, p. 97 e ss.; JOAN PICÓ I JUNOY, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, in: *ob.cit.*, p. 109 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, “El proceso civil llamado “social” como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, in: *ob.cit.*, p. 130 e ss.; GIROLAMO MONTELEONE, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, in: *ob.cit.*, p. 173 e ss.; ADOLFO ALVARADO VELLOSO, “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, in: *ob.cit.*, p. 217 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, in: *ob.cit.*, p. 294 e ss.; EUGENIA ARIANO DEHO, “En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario”, in: *ob.cit.*, p. 357 e ss.; LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, in: *ob.cit.*, p. 381 e ss. Há boa síntese da polémica em: LEONARDO GRECO. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2008, n. 164.

do juiz é capaz de sanar, ou ao menos aliviar, os males de que padece o processo hodierno.<sup>228</sup> Os garantistas (e não neoprivatistas), longe de repudiarem a garantia da efetividade, concebem o processo como instrumento construído não no interesse do juiz, mas dos cidadãos que dele fazem uso.

Assim, as outras garantias não podem ser esquecidas e a perspectiva dos consumidores de justiça deve ser priorizada, e no caso específico do contencioso judicial administrativo, a proteção do cidadão, e não somente a defesa da ordem jurídica.<sup>229</sup> Na verdade, parece que os publicistas estão entrando na máquina do tempo para voltar à época do Código de Processo Civil de 1939, que consignava em sua *Exposição de Motivos*, a preferência expressa pela concepção publicista:

“O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público.”

Naquele tempo, LUIZ MACHADO GUIMARÃES chegou a afirmar: “a função do processo não mais consiste precipuamente em restaurar os direitos individuais violados, e sim em restabelecer e assegurar, mediante a definição dos litígios, o império do direito.”<sup>230</sup> Com efeito, é curioso este retorno que os publicistas deixam transparecer ao asseverarem que se encontra “superada hoje a corrente que considera como objeto do processo a defesa de direitos subjetivos”,<sup>231</sup> “em primeiro lugar está o interesse da coletividade”<sup>232</sup> e que o processo deve ser visto “como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado.”<sup>233</sup> Chega-se até mesmo a afirmar que o juiz é o dono do processo (*dominus processu*).<sup>234</sup>

---

<sup>228</sup> Entre nós, os maiores representantes desta corrente – que é a majoritária no Brasil – são: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade do processo*, cap. I, item 5; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “El neoprivatismo en el proceso civil”, in: *Proceso Civil e Ideología*, p. 199 e ss.

<sup>229</sup> Neste sentido, este estudo afasta-se de uma das teses da concepção publicista de que entre os escopos políticos do processo está a missão de assegurar a *autoridade do próprio Estado e do seu ordenamento*, bem como dispensar a “tradicional postura romântica consistente em referir todo o direito ao indivíduo (*persona*) e pensar no homem como sujeito de direitos” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade do processo*, cap. VI, p. 169 e 174).

<sup>230</sup> LUIZ MACHADO GUIMARÃES, “A Reforma Processual e a missão do advogado”, in: *O Processo Oral*, p. 242. Este texto de, marca autoritária, deve ser lido *no contexto de sua época*, em que grandes nomes do pensamento brasileiro rendiam homenagem às doutrinas de subordinação do indivíduo aos interesses do Estado.

<sup>231</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 68.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>233</sup> *Ibidem*. Também LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, item 2.4.3.3, p. 39, quando invoca MORTARA na defesa da ordem objetiva; *Idem*, *Teoria Geral do Processo*: “Quando a caracterização do processo se importava apenas com a iniciativa dos particulares, e não com a função do juiz, era natural que se concebesse o processo como mero ‘negócio das partes’, e não como um lugar em que o Estado exprime a sua autoridade”, mas logo a frente, aparentemente, revê sua posição ao caracterizar a jurisdição como dever estatal de

Lembra LUIS CORREIA DE MENDONÇA,<sup>235</sup> que este culto à exaltação da *autoridade* é ainda resquício de um tempo em que o indivíduo estava a serviço dos fins do Estado e não o inverso, e é justamente esta concepção que está por trás da tão aplaudida “publicização” do processo civil.<sup>236</sup>

Sem embargo, é preciso observar que dentro dos rótulos garantistas e publicistas podem-se encontrar posicionamentos radicais e moderados, não sendo estranho que soluções para problemas judiciais sejam convergentes entre as posturas moderadas. A perspectiva aqui perfilhada é a do garantismo moderado. Nesta linha, define-se o *garantismo processual* como o modelo normativo (dever ser) imposto à função judicante do Estado para assegurar os direitos processuais dos cidadãos, como o devido processo legal e a paridade de armas, exigindo-se, ao mesmo tempo, dos juristas o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis vigentes quando confrontadas com as garantias processuais inscritas na Constituição.<sup>237</sup>

## 5. O “juiz ativo” e o “juiz garante”

O “juiz ativo”, de marca publicista, deve, na verdade, ser substituído pelo “juiz garante”,<sup>238</sup> que dialoga com as partes.

Gize-se: o reforço exagerado dos poderes do juiz pode levar a grandiosos desastres, como os das últimas reformas processuais, que estabeleceram a declaração da prescrição, de ofício, referente a direitos disponíveis (art. 219, §5º, CPC);<sup>239</sup> declaração, de ofício, de incompetência relativa (art. 112, parágrafo único, CPC); e outras inovações que desconsideram por completo o interesse da parte. A melhor doutrina tem, no entanto, buscado suprir o déficit garantista destas novas disposições, aplicando a garantia do contraditório.<sup>240</sup> A análise cuidadosa de HUMBERTO THEODORO JR. merece destaque:

---

proteger os direitos, acrescentando que “o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais.

<sup>234</sup> JOÃO BATISTA LOPES, *A prova no Direito Processual Civil*, p. 48.

<sup>235</sup> “Vírus autoritário e processo civil”, in: *Julgar*, n. 1, p. 72.

<sup>236</sup> Veja-se, a propósito, JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *Teses, estudos e Pareceres de Processo Civil*, p. 270 e 311-312, especialmente no tópico “visão privatística versus visão publicística do processo, uma meia verdade”.

<sup>237</sup> Cf. FERRAJOLI, *Teoria do Garantismo Penal*, p. 684-5; FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO, “Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo”, in: *Revista de Processo*, n. 165, p. 185 e ss.

<sup>238</sup> A expressão é de LUIS CORREIA DE MENDONÇA, “Vírus autoritário e processo civil”, in: *Julgar*, n. 1, p. 67 e ss.

<sup>239</sup> Vejam-se as críticas de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”, in: *A Nova Reforma Processual*, p. 1/14.

<sup>240</sup> Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, obra em três volumes.

“Pensou-se que, ampliando cada vez mais a interferência autoritária do juiz, poder-se-ia superar a enorme, lamentável e crônica morosidade da prestação jurisdicional. Nessa linha de preocupação, as últimas reformas do Código de Processo Civil concentraram-se, em grande parte, no incremento de iniciativa judicial e na redução da autonomia das partes. Sem atentar para a realidade de que, substancialmente, o maior interesse na composição do litígio pertence às partes, e não ao juiz, predicamentos preciosos, como o contraditório e o papel exclusivo desempenhado no diálogo entre as partes, foram desprezados, e inovações arrojadas (para não dizer temerárias) foram realizadas.”<sup>241</sup>

A regra do diálogo exige do magistrado uma postura que respeite as garantias das partes. Regra de ouro é que o juiz não deve decidir sem permitir a prévia manifestação das partes. É a maior homenagem que se pode fazer ao princípio do contraditório. Com razão apontou LEONARDO GRECO<sup>242</sup> a hipocrisia do art. 36, III da Lei Complementar n.º 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), que veda ao juiz “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem”. Assim, ensina o autor:

“Hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem, ao contrário, que o juiz antecipe as suas opiniões, e que o faça de público, e não às escondidas, para que as partes possam acompanhar o desenvolvimento do seu raciocínio e assim influir eficazmente na formação da decisão final.”<sup>243</sup>

Realmente, a ciência processual moderna afastou o dogma irracional de que o juiz que revela o que pensa viola o dever de imparcialidade.<sup>244</sup> Cumpre agora investigar em que medida a disponibilidade do direito interfere nos poderes do “juiz garante” na busca da verdade.

## 6. Relevância da (in)disponibilidade do direito

---

<sup>241</sup> *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 63.

<sup>242</sup> “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”, in: *Revista Jurídica*, março de 2003, vol. 305, p. 67.

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. item 88, p. 223-224.

Costuma-se atrelar a indisponibilidade do direito material deduzido em juízo ao princípio inquisitório e a disponibilidade do direito ao princípio dispositivo: “la disponibilidad de la relación sustancial controvertida por parte de los interesados es esencial garantía del buen funcionamiento del principio dispositivo en el proceso”.<sup>245</sup> Nesta linha, também MAURO CAPPELLETTI<sup>246</sup> sustenta que a natureza da relação substancial deduzida em juízo e, em particular, a disponibilidade ou indisponibilidade do direito influi profundamente nas regras da técnica processual.

Mas tal regra não legitima a conclusão sedutora em doutrina de que no processo penal incide o princípio inquisitório, enquanto no processo civil vige o princípio dispositivo.<sup>247</sup>

Em primeiro lugar, porque também no processo penal se conhece um certo poder de disposição sobre o objeto do processo – recorde-se a figura da transação penal.<sup>248</sup> Em segundo lugar, porque nem todos os direitos privados são disponíveis no processo civil, ainda que as partes estejam de acordo.

PIERO CALAMANDREI arremata dizendo que “el hecho de que el Estado se halle interesado directamente en la relación sustancial sometida a decisión, o de que en absoluto figure como parte en el proceso, no lleva consigo con consecuencia necesaria la transformación del proceso de dispositivo en inquisitorio.”<sup>249</sup>

Por meio do princípio dispositivo, pretende-se, que a *imparcialidade do juiz* seja preservada. Diz-se, no entanto, que, no processo civil brasileiro, o princípio dispositivo é mitigado, porque permite que o juiz realize atividades instrutórias *ex officio*, de acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil.<sup>250</sup>

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA confere máxima aplicação ao citado artigo, nestes termos:

“Em qualquer caso, cabe ao juiz determinar de ofício a realização de provas que julgue necessárias (art. 130). As regras particulares a respeito, como a do art. 342, devem considerar-se meramente explicitantes. (...) O poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz

---

<sup>245</sup> PIERO CALAMANDREI, “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, p. 231.

<sup>246</sup> “A ideologia no processo civil”, in: *Revista da AJURIS*, vol. 23, p. 21.

<sup>247</sup> No sentido do texto: PIERO CALAMANDREI, “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, p. 232. O autor lembra que o princípio inquisitório exige que o juiz, ainda que tenha diante de si duas partes, busque a verdade independentemente da provocação daquelas. Tal princípio não se confunde com a forma inquisitória (juiz também é o autor da ação) em oposição à forma acusatória. Assim, embora tenhamos a vigência da forma acusatória no processo penal, há incidência do princípio inquisitório (idem, p. 251).

<sup>248</sup> Veja-se, a propósito, com visão crítica do instituto: GERALDO PRADO, *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*.

<sup>249</sup> “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, p. 236.

<sup>250</sup> LUCIANA AMIUCCI CAMPANELLI, *Poderes Instrutórios do juiz e a isonomia processual*, p. 66-67.

tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; não ocorre, para ele, preclusão.”<sup>251</sup>

Parece que nos conflitos entre particulares, toda manifestação do princípio inquisitivo deve estar prevista em lei, porque a regra é o princípio dispositivo, expressão da liberdade; ao revés, o princípio inquisitório terá incidência quando estiver em jogo algum direito indisponível. Embora a regra do art. 130, já citada, confira, aparentemente, amplos poderes de investigação ao magistrado, parece que o sistema recomenda que a norma tenha uma interpretação diferenciada, quer se trate de direitos disponíveis, quer se trate de direitos indisponíveis, de acordo com a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI:

“quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, o princípio dispositivo cede o lugar ao inquisitório, no qual tem ênfase a regra de que o juiz deve julgar segundo a verdade real, e não segundo a verdade formal, que emerja do jogo de presunções fixadas na lei. Demonstração disto se encontra-se no art. 320, II, que retira da revelia a consequência presunção da verdade dos fatos afirmados pelo autor, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Da mesma maneira, o art. 351, que diz não valer como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.<sup>252</sup>

Realmente, não deve ficar ao capricho do magistrado determinar ou não a realização da instrução. Nas causas sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve ter sempre caráter subsidiário para suprir as deficiências das partes em caráter assistencial, justamente para não correr o risco de comprometer a sua imparcialidade.<sup>253</sup> Assim, em casos de flagrante *desigualdade entre as partes* deve o magistrado exercer seus poderes de instrução, como ocorre, por exemplo, nos

---

<sup>251</sup> *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 56. Neste sentido: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 134.

<sup>252</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 5.

<sup>253</sup> Neste sentido: MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, p. 465-467. LEONARDO GRECO, “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, item 5; e também ENRICO TULLIO LIEBMAN, “Fondamento del principio dispositivo”, in: *Problemi del processo civile*, Milano: Morano, 1962, p. 15-17, embora rejeite o critério da (in)disponibilidade do direito para fins de atribuição de poderes de instrução ao magistrado; Contra, afirmando que a imparcialidade não é atingida: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 106-114; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 102; *Teoria Geral do Processo*, p. 414-415. Estes autores entendem que a produção de provas não é monopólio das partes e que o princípio dispositivo não possui qualquer ligação com a instrução da causa. Uma terceira solução é apresentada por AFRÂNIO SILVA JARDIM, “O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno”, in: *Revista de Processo*, vol. 44, p. 167 e ss., entendendo, a partir de uma concepção publicista, que para que a imparcialidade do juiz seja preservada e compatibilizada com a busca da verdade, imprescindível será a entrega de poderes investigatórios ao Ministério Público, devendo este intervir em todas as causas.

juizados especiais, quando a parte comparece sem advogado. LEONARDO GRECO sintetiza a melhor doutrina, nestes termos:

“nas causas que versam sobre direitos disponíveis, o respeito ao princípio dispositivo é regra salutar que protege a imparcialidade do juiz, todavia, não é regra absoluta, pois o juiz deve abandoná-la e tomar a iniciativa de produzir provas sempre que for necessário assegurar *in concreto* a paridade de armas, assim como evitar que as partes se distanciem da verdade objetiva.”<sup>254</sup>

Assim, duas situações devem ser observadas para a aplicação do princípio inquisitório: a) indisponibilidade do direito material; b) situação de desigualdade entre as partes. Esses casos autorizam a incidência plena do referido princípio no que tange os poderes probatórios do magistrado, sendo irrelevante a regra contida no art. 282, VI do Código de Processo Civil, que prescreve como requisito da petição inicial a *indicação das provas* com as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Vale dizer que, uma vez alegados os fatos, o juízo deve investigá-los de ofício, não podendo rejeitar de plano a petição inicial insuficientemente instruída. Não poderá, no entanto, ir o magistrado além dos fatos deduzidos.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,<sup>255</sup> afastando-se de um publicismo radical, ensina que o processo, em razão de sua instrumentalidade, deixa-se influenciar pelo direito material que é fundamento da demanda, de forma que a presença do *direito disponível* afeta a reação da parte e do próprio juiz, que dependem das opções tomadas pela outra parte; já a existência de *direito indisponível* não inibe a atividade judicial mesmo nos casos de inércia da parte interessada.

Nos sistemas liberais, o juiz não pode condenar a Administração ou o particular por fatos diversos daqueles que foram levados em juízo. Curioso notar que os países que aboliram o princípio da disponibilidade das provas mantêm, em contrapartida, o princípio da disponibilidade da parte em tema de alegações. A razão, segundo MAURO CAPPELLETTI,<sup>256</sup> é que tais princípios operam em planos radicalmente diversos: enquanto o primeiro expressa uma concepção publicista do fenômeno processual, o segundo cuida de uma concepção muito mais radical, qual seja, a desprivatização do direito material.

Assim, é de reconhecer que o juiz do contencioso judicial administrativo deve ter uma postura diferente do juiz do processo civil, porque enquanto este decide, em regra, sobre direitos disponíveis entre partes iguais; no contencioso judicial administrativo a desigualdade das partes e a

---

<sup>254</sup> “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*, p. 465-466.

<sup>255</sup> *A Instrumentalidade do processo*, p. 135.

<sup>256</sup> “Iniciativas probatorias del juez y bases prejuridicas de la estructura del proceso”, in: *La oralidad e las pruebas em el proceso civil*, p. 122.

indisponibilidade do direito material constituem a regra. O cidadão, que deduz em juízo uma *situação jurídica* perante uma Administração Pública forte, detentora de prerrogativas materiais e processuais, deve fazer jus a uma tutela judicial efetiva, não podendo o juiz permitir qualquer afronta à isonomia processual.

7. Concepção objetiva e subjetiva de Justiça Administrativa: primazia dos direitos fundamentais ou supremacia do interesse público?

Neste tópico verificar-se-ão as bases ideológicas do Direito Administrativo e a sua influência no modelo de Justiça Administrativa. A doutrina brasileira pretendeu fundar as bases do Direito Administrativo pátrio em uma suposta supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>257</sup> Vejamos as palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“A ordem jurídica, é natural, dispensa tratamentos diferentes aos interesses públicos e privados. Pode-se mesmo dizer que a sobrevivência e garantia dos últimos dependem da prevalência dos primeiros.”<sup>258</sup>

O mesmo autor ensina que da posição privilegiada que a Administração goza em relação aos particulares, decorre: 1) a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; 2) prazos especiais de prescrição; 3) o benefício de prazos maiores em processo judicial; 4) a transferência ao particular do ônus da prova nas situações em que o Poder Público é réu.<sup>259</sup>

Na mesma linha, encontra-se JOSÉ CARVALHO DOS SANTOS FILHO, sustentando que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, deverá o interesse público prevalecer, porque pelo primado do interesse público, “o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade.”<sup>260</sup>

MARIA SYLVIA DI PIETRO deixa escapar que esses atributos do ato administrativo, assim como todas as outras prerrogativas do Estado, “são inerentes à idéia de poder como um dos

---

<sup>257</sup> PAULO RICARDO SCHIER, “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 218.

<sup>258</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 381.

<sup>259</sup> Idem, p. 60-61. Veja-se o nosso trabalho: *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>260</sup> *Manual de Direito Administrativo*, p. 20-21.

elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular”.<sup>261</sup>

Os efeitos da adoção de tal princípio são desastrosos para a promoção dos direitos fundamentais. Nesta linha, explica PAULO RICARDO SCHIER:

“a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tocado.”<sup>262</sup>

Onde está o fundamento de tal princípio? Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.”<sup>263</sup>

Na Alemanha, o problema se plasmou na seguinte indagação: o escopo do contencioso judicial administrativo resume-se à tutela da legalidade objetiva, ou, ao revés, presta-se à proteção do indivíduo? Por muito tempo, vingou a concepção prussiana comprometida em assegurar a inviolabilidade do ordenamento jurídico. Apenas com a promulgação da Lei Fundamental alemã de 1949 que se consagrou, definitivamente, a idéia referente à tutela judicial do indivíduo.<sup>264</sup>

SEABRA FAGUNDES há tempos já dizia que “a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública.”<sup>265</sup> Também GERALDO ATALIBA ao ensinar que o Estado é um ser ético e que existe para servir à sociedade e ao homem, sustentava que “não se podem deprimir os direitos individuais, invocando nenhum tipo de interesse público, por mais elevados que possam parecer”.<sup>266</sup> REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA<sup>267</sup> explica que “a doutrina do direito administrativo europeu, que serviu de base para a nossa, foi forjada sobre a ideologia dos estados fortes e calcados na existência de ditaduras de direita”, de modo que o indivíduo era mero ponto de incidência de normas jurídicas. Hoje, ao revés, o Direito Público deve partir da idéia da proteção do indivíduo contra o Estado.

---

<sup>261</sup> *Direito Administrativo*, p. 191.

<sup>262</sup> “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 218-219.

<sup>263</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 87.

<sup>264</sup> Cf. KARL-PETER SOMMERMANN, “La Justicia Administrativa Alemana”, p. 38.

<sup>265</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, cap. III, Segunda Parte, p. 134.

<sup>266</sup> “Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal”, in: *Revista Forense*, vol. 271, p. 5.

<sup>267</sup> “A proteção da boa-fé no Direito Administrativo”, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 688, p. 268.

Felizmente, há uma renovação na doutrina pátria, que aponta para a substituição do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pelo *primado dos direitos fundamentais*.<sup>268</sup> Com um tom provocativo, PAULO RICARDO SCHIER tece a seguinte observação:

“pela compreensão da Constituição como sistema, então, interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-se no mesmo patamar de hierarquia. Repise-se, pois, que se a Lei Fundamental, em algumas situações, ponderando princípios e direitos *in abstracto*, reconhece previamente a *prevalência* (jamais supremacia) de *alguns* interesses públicos, aí não está a autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado. Se assim fosse, isto não explicaria os casos em que o texto fundamental faz a opção diversa; quando, ponderando *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como parece ser a regra. Em tais situações por que então não se falar de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público?”<sup>269</sup> (grifos do autor)

Com efeito, o autor extrai a ilação de que no conflito entre interesses público e privado:

“Quando a Constituição, por decorrência do princípio do Estado de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, pretende fazer com que os interesses do Estado, primários ou secundários (aqui não importa) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso. O Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional. É assim que funciona nos Estados Democráticos de Direito. Deste modo, *a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público*”<sup>270</sup> (grifos do autor).

---

<sup>268</sup> Assim, por exemplo, DEMIAN GUEDES, “A Presunção De Veracidade Dos Atos Da Administração Pública e o Processo Administrativo: O Dever De Fiscalizar Provando”, *in: Interesse Público*, vol. 35, p. 99 e 122.

<sup>269</sup> “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, *in: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 233.

<sup>270</sup> “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, *in: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 234.

Ensina JUAREZ FREITAS que, na atualidade, desenvolve-se o *primado dos direitos fundamentais* nas relações administrativas, aparecendo o cidadão menos como súdito e mais como protagonista.<sup>271</sup> Não obstante, a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – que cuida do processo administrativo – reza em, seu art. 2º, que a Administração Pública obedecerá dentre outros princípios o *interesse público*. Muito cuidado ter-se-á de observar na aplicação desse dispositivo, uma vez que encerra conceito jurídico indeterminado. Há autores, como JOSÉ CARVALHO DOS SANTOS FILHO, que ao comentar tal artigo assevera: “o que merece relevo é o fato de que a supremacia do interesse público constitui postulado fundamental da Administração. Se há rota de colisão entre um interesse público e um interesse privado, é aquele que deve prevalecer”.<sup>272</sup>

Parece que uma supremacia absoluta do interesse público deve ser vista com alguma cautela. Basta pensar na hipótese de haver risco de deslizamentos em estrada que se situa entre dois morros, utilizada por alguns particulares para chegarem até a sua residência. Impedir a modificação do meio ambiente sob o argumento do interesse público em detrimento da segurança dos cidadãos afigurarse-ia autoritário.

Seja como for, fato é que a principiologia de direito público acaba influenciando o modelo de justiça. O século XIX, a partir da codificação napoleônica, parece ter sido a época do culto à lei, na qual o Poder Legislativo ocupava lugar de destaque. O século XX foi marcado pelo Poder Executivo, com o modelo de Estado-Providência (*Welfare State*) de índole paternalista, que em nome do interesse público sabia o que era melhor para o seu súdito. Com a crise deste modelo, tudo leva a crer que o século XXI seja o do Poder Judiciário, mas não para cumprir as promessas paternalistas do Estado-Providência na figura do juiz-hércules ou do juiz super-homem, mas para assegurar o primado dos direitos fundamentais. Aí sim estar-se-á muito próximo do “século dos cidadãos”. Ensina LEONARDO GRECO, a propósito:

“O Código de 1.973 representou no Brasil uma das últimas manifestações de crença na infalível supremacia do interesse público sobre o interesse particular e na excelência do Estado-Providência, paternalista e interventivo. Esse modelo, que desmoronou em toda a Europa continental desde o término da 2ª Grande Guerra, porque se tornou instrumento dócil dos piores regimes autoritários, pregava o abandono do princípio dispositivo e a outorga ao juiz de amplos poderes de determinar de ofício todas as provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo nas causas que versassem sobre interesses disponíveis. Foi essa a fonte de inspiração do artigo 130 do Código de 73, que reproduziu o artigo 117 do Código de 39, acreditando que a outorga de poderes inquisitórios ao juiz pudesse contribuir para a certeza da busca da verdade objetiva e de decisões mais justas. Essa crença no *juiz-super homem* desapareceu por completo. Se é correto que o simples entrechoque dos

---

<sup>271</sup> *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 28.

<sup>272</sup> *Processo Administrativo Federal*, p. 58.

fatos e provas apresentados pelas partes não assegura a descoberta da verdade, porque cada uma das partes tende a revelar apenas as circunstâncias que lhe são favoráveis, por outro lado, a busca frenética da verdade absoluta pelo juiz, além de comprometer a sua imparcialidade e de cercear a liberdade individual, não garante que o resultado obtido seja melhor do que o que teriam alcançado os próprios interessados.”<sup>273</sup>

Esta mudança de perspectiva reflete hoje na Justiça Administrativa portuguesa, principalmente depois da Revisão Constitucional de 1989 que, conforme informa VASCO PEREIRA DA SILVA, significou o golpe final da “concepção actocêntrica” do Direito Administrativo, “que via o contencioso administrativo como uma realidade objectiva e limitada à verificação da legalidade, enquanto que agora particular e administração passam a ser considerados como sujeitos processuais, num processo de partes, que tem como *principal objectivo a protecção de direitos individuais*” (grifamos).<sup>274</sup>

O exemplo alemão, da tutela dos direitos subjetivos, que inspira não só Portugal,<sup>275</sup> mas diversos outros países do bloco europeu, constitui hoje o paradigma vigente,<sup>276</sup> e coloca em cheque o culto da autoridade e da legalidade objetiva do movimento publicista.

Não se pense, porém, que toda esta perspectiva garantista se realiza ao arpejo da lei. Tampouco se sustenta aqui o fetichismo da lei. O que se propõe é que os limites e a a leitura da lei sejam feitos pelo primado dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Poderá o Estado, assim, realizar os seus verdadeiros fins, que são a promoção e tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Por isso, diz-se que em primeiro plano está o cidadão, os seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e só depois a lei, a ordem jurídica e até os limites orçamentários que não podem sobrepor-se, por exemplo, à tutela da vida.<sup>277</sup> O Estado não pode deixar de salvar seus cidadãos, portadores de grave enfermidade, com o argumento da “reserva do possível”, devendo a alegada dificuldade financeira não só ser provada pelo ente público, mas também deve este demonstrar que o orçamento não pode, concretamente, destinar verbas de outras áreas menos importantes.

---

<sup>273</sup> “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, item 5.

<sup>274</sup> *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, p. 80.

<sup>275</sup> Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, p. 6: “salta-se do tradicional *modelo francês* de contencioso administrativo para um modelo mais próximo do *modelo alemão* de jurisdição administrativa.”

<sup>276</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma”, in: *Revista de Direito Público*, vol. 91, *passim*.

<sup>277</sup> MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ SLAIBI, “Direito Fundamental à Saúde – Tutela de Urgência”, in: *Doutrina*, vol. 14, p. 45, lembra que o argumento de que o Estado não pode realizar despesas sem previsões orçamentárias é verdadeiro no que toca o orçamento fiscal, mas não no que concerne ao orçamento da seguridade social, nos termos dos arts. 165, §5º, III; 196 e 197 da Constituição brasileira de 1988.

Não se defende aqui a vitória do cidadão no processo a qualquer preço, porque isto seria cair no extremo oposto. O processo justo deve sê-lo para o particular e também para a Administração.<sup>278</sup> Nessa ordem de idéias, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES defende um contencioso judicial administrativo que assegure não só as garantias do cidadão, mas também as garantias da Administração, nestes termos:

“o modelo de justiça administrativa deve assegurar não só a ‘garantia’ da Administração como a ‘garantia’ dos particulares. A juridicidade da actividade administrativa garante naturalmente a tutela das posições jurídicas substanciais e procedimentais dos particulares, mas inclui também a correcta prossecução do interesse público, a cuja tutela deve corresponder um direito fundamental da Administração e não apenas um dever” (grifos nossos).<sup>279</sup>

Com efeito, o autor argumenta haver equívoco em considerar-se que de um lado da relação está sempre uma Administração forte, um centro de poder, e, de outro, um sujeito débil merecedor de tutela – o que caracteriza um “hipergarantismo ingênuo”.<sup>280</sup>

De fato, na realidade brasileira encontram-se municípios com fracas Administrações, em especial os do interior, o que contrasta, por exemplo, com as Administrações das grandes capitais. Mas será que todas essas prerrogativas do Poder Público em juízo no Brasil se justificam em virtude das desigualdades regionais ou isto é apenas pretexto para que nunca seja efetivada a paridade de armas, a tutela judicial efetiva e demais corolários do devido processo legal?

A ciência moderna deve romper com a separação entre *episteme* (saber teórico) e *téchne* (saber aplicado), de forma a integrar o discurso científico à técnica, sob pena de manutenção do *status quo* e inviabilização do progresso científico.

No modelo de justiça predominantemente subjetiva existem corolários inarredáveis da primazia dos direitos fundamentais: a) fim dos privilégios processuais conferidos a determinada parte sem justificativa, em nome da isonomia processual; b) fim do efeito processual de inversão do ônus da prova a favor do Poder Público decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos, em razão da vulnerabilidade do cidadão.

## 8. Conclusões

---

<sup>278</sup> SCHMIDT-AßMANN, *in*: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 31, p. 33.

<sup>279</sup> *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, p. 72.

<sup>280</sup> LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, p. 74-75.

Nos conflitos entre particulares, toda manifestação do princípio inquisitivo deve estar prevista em lei, porque a regra é o princípio dispositivo, expressão da liberdade; ao revés, o princípio inquisitório terá incidência quando estiver em jogo algum direito indisponível. Embora a regra do art. 130 do Código de Processo Civil confira, aparentemente, amplos poderes de investigação ao magistrado, parece que o sistema recomenda que a norma tenha uma interpretação diferenciada, quer se trate de direitos disponíveis, quer se trate de direitos indisponíveis. Nas causas sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve ter sempre caráter subsidiário para suprir as deficiências das partes em caráter assistencial, justamente para não correr o risco de comprometer a sua imparcialidade.

Deve ser repudiada a distinção entre verdade formal e verdade material, em especial para diferenciar o processo civil do processo penal. A verdade que se busca no processo, se é que pode ser assim qualificada, é a “verdade processual”, a qual forma no julgador a “convicção de certeza”. Se a “verdade processual” – que é meio para a realização do processo justo – não for encontrada (porque os fatos permanecem controversos), valerá a decisão de acordo com as regras do ônus da prova (objetivo). Neste caso, pouco importará que a verdade tenha sido encontrada, porque este é o preço que se paga pelo processo justo. Ora, o processo judicial deve ser qualificado como justo sempre que ele torne possível a busca da verdade; e não só quando ele a encontre.

A doutrina brasileira pretendeu fundar as bases do Direito Administrativo pátrio em uma suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Saber qual o escopo do contencioso judicial administrativo – tutela da legalidade objetiva ou proteção do indivíduo – é fundamental para compreender se a prioridade estatal é a tutela dos direitos fundamentais. No modelo de justiça predominantemente subjetiva, em que o cidadão (e não o ato administrativo) ocupa lugar de destaque, existem corolários inarredáveis da primazia dos direitos fundamentais: a) fim dos privilégios processuais conferidos a determinada parte sem justificativa, em nome da isonomia processual; b) fim do efeito processual de inversão do ônus da prova a favor do Poder Público decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos, em razão da vulnerabilidade do cidadão.

## 9. Referências bibliográficas

ABEL LLUCH, Xavier; PICO I JUNOY, Joan (coord.), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Barcelona: Bosch, 2003.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, Niceto. “Autoridad y Libertad en el proceso civil”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1974, Tomo II.

\_\_\_\_\_. “Liberalismo y Autoritarismo en el proceso”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1974, Tomo II.

ALVIM, José M. de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I.

ALVIM, Teresa Arruda. “Reflexões sobre o ônus da prova”, in: *Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*, coord.: José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1995.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Lisboa: Almedina, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. *Justiça Administrativa (Lições)*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, Almedina, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, in: Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARIANO DEHO, Eugenia. “En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

ATALIBA, Geraldo. “Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal”, in: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, julho-agosto-setembro de 1980, vol. 271.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “El neoprivatismo en el proceso civil”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, abril/junho de 1999, vol. 94,

\_\_\_\_\_. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, in: *Participação e Processo*, coord.: Ada Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988.

BAUMBACH, Otto von. “Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit”, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, V, 1938.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2003.

BENVENUTI, Feliciano. *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova: Cedam, 1953.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 3.

\_\_\_\_\_. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

\_\_\_\_\_. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 2.

\_\_\_\_\_. *O Poder Público em juízo*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. “A emergência do Direito Processual Público”, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, org.: Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo: Malheiros, 2000.

CALAMANDREI, Piero. “Processo e Democrazia”, in: *Opere Giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, Morano Editore, 1965, vol. I.

\_\_\_\_\_. “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, trad.: Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

\_\_\_\_\_. “Abolizione del processo civile?”, in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”, in: *A Nova Reforma Processual*, coord. Gustavo Santana Nogueira, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, outubro de 2005, vol. 31, p. 11.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001.

CAMPANELLI, Luciana Amiucci. *Poderes Instrutórios do juiz e a isonomia processual*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, Trad.: Hiltomar M. Oliveira, Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

\_\_\_\_\_. “A ideologia no processo civil”, in: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, novembro de 1981, vol. 23.

\_\_\_\_\_. “Iniciativas probatorias del juez y bases prejuristicas de la estructura del proceso”, in: *La oralidad e las pruebas en el proceso civil*, Trad.: Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972.

CARANTA, Roberto; FERRARIS, Laura; RODRIGUEZ, Simona. *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 2ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2005.

CARINGELLA, Francesco. *Corso di Diritto Processuale Amministrativo*, 2. edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *La prove civile*, Milano: Giuffrè, 1992 (ristampa).

CARVALHO, Márcia Cunha S.A. de. “A Constituição Federal e o Princípio do Juiz Ativo”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, org.: Leonardo Greco e Fernando Gama de M. Netto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in: Daniel Sarmento (org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CIPOLLA, Giuseppe Maria. *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova: CEDAM, 2005.

CIPRIANI, Franco. “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios Gerais no Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Nota Dez, fevereiro de 2001, vol. 280.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª ed., São Paulo: 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I.

\_\_\_\_\_. *A Instrumentalidade do Processo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed., atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do Garantismo Penal*, Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo Malheiros Editores, 2004.

GALLO, Carlo Emanuele. “L’istruttoria processuale”, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Milano: Giuffrè, 2000, tomo IV.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Justicia Administrativa en el cambio de siglo”, in: *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, n. 48.

\_\_\_\_\_. “La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma”, in: *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, julho-setembro de 1989, vol. 91.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentários a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 4ª ed., Madrid: Civitas, 2003, vol. II.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2008, n. 164.

\_\_\_\_\_. “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, org.: Leonardo Greco e Fernando Gama de M. Netto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”, in: *Revista Jurídica*, março de 2003, vol. 305.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUEDES, Demian. “A Presunção De Veracidade Dos Atos Da Administração Pública e o Processo Administrativo: O Dever De Fiscalizar Provando”, in: *Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, janeiro/fevereiro de 2006, vol. 35.

GUIMARÃES, Luiz Machado. “A Reforma Processual e a missão do advogado”, in: *Processo Oral*, Rio de Janeiro: Forense, 1940.

HUFEN, Friedhelm. *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Auflage, München: C.H. Beck, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. “O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1986, vol. 44.

KOPP, Ferdinand O.; SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Verwaltungsgerichtordnung*, 13. Auflage, 2003.

KÖHLER-ROTT. *Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten*, München: VVF, 1997.

KUNTZE, Stefan. Kommentierung zu §86 VwGO, in: *Verwaltungsgerichtordnung*, Hrsg: Johann Bader *et alii*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”, in: *Problemi del processo civile*, Milano: Morano, 1962.

LIPARI, Marco. “I principi generali dell’Istruttoria nel processo amministrativo” dopo la L. n. 205 del 2000”, in: *Diritto Processuale Amministrativo*, Marzo - 2003, fascicolo I.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. “El Derecho Procesal como sistema de garantías”, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, Mayo-Agosto de 2003, Número 107, p. 531/557.

\_\_\_\_\_. *Estudio Jurisprudencial de los Poderes del Juez civil en Materia Probatoria*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2006.

LORENZ, Dieter. *Verwaltungsprozessrecht*, Berlin: Springer, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Novas Linhas do Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, vol. 5, Tomo I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas: Millennium, 2000, vol. II.

MARRERO FRANCÉS, Ignacio *et alii*. “Análisis del art. 429, I, II y III LEC”, in: *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, coord. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junio, Barcelona: Bosch, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDONÇA, Luis Correia de. “Vírus autoritário e processo civil”, in: *Julgar*, Portugal: Coimbra Editora, Janeiro/Abril de 2007, n. 1.

\_\_\_\_\_. “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, atualização: Sérgio Bermudes, 3ª ed., 6ª tir., 1998, tomo II.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. “Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro de 2008, n. 165.

MONTELEONE, Girolamo. “Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un “revisionista”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MONTERO AROCA, Juan “El proceso civil llamado “social” como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. *La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª ed., Madrid: Civitas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. “Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal”, in: *Revista Forense*, fevereiro de 1993, vol. 271.

PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Grinover, Aluisio Mendes e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *A Prova Judiciária no Cível e Comercial*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1.

\_\_\_\_\_. “Contra o processo autoritário”, in: *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1960, vol. 1.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHILKEN, Eberhard. *Zivilprozessrecht*, 4. ed., Köln: Carl Heymanns, 2002.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 Abs. 4, München: C.H. Beck, Februar 2003.

SCHULTZENSTEIN, Max. “Die Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten”, in: *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Hrsg.: Max Schultzenstein e F. Vierhaus, 1913, Band. 43.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e Ideologia*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, vol. 1.

SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Lisboa: Almedina, 2000.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. “Direito Fundamental à Saúde – Tutela de Urgência”, in: Carlos Tubenclak (coord.), *Doutrina*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2003, vol. 14.

SOMMERMANN, Karl-Peter. Art. 20 Abs. 3, in: *Das Bonner Grundgesetz* [separata], 4. Auflage, Hrsg. Christian Starck, München: Franz Vahlen, 2000.

\_\_\_\_\_. “La Justicia Administrativa Alemana”, in: *La Justicia Administrativa em el Derecho Comparado*, Civitas, 1992.

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

TETTINGER/WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, 2. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I.

\_\_\_\_\_. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “Os Princípios do Processo Administrativo Fiscal”, in: *Processo Administrativo Fiscal*, coord.: Valdir Rocha, São Paulo: Dialética, 1999, vol. 4.

VERDE, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

WOLFF, Heinrich Amadeus; DECKER, Andreas. *VwGO/VwVfG*, München: C.H. Beck, 2005.