Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Caio Leão Câmara Felga

A prova cível e o ato administrativo

Mestrado em Direito

São Paulo
2023

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Caio Leão Câmara Felga

A prova cível e o ato administrativo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor William Santos Ferreira.

São Paulo
2023

Caio Leão Câmara Felga

A prova cível e o ato administrativo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor William Santos Ferreira.

Julgamento: _____, em: ____/_____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor William Santos Ferreira

Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) : _____

Instituição:_____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Aos meus pais, João e Izilda, por tudo.

À minha esposa Mariana, pela paciência e carinho.

À Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em especial ao Centro de Estudos, pelo apoio permanente.

AGRADECIMENTOS

Seria muito difícil alcançar o presente momento sozinho. Certamente não foi o meu caso: estive acompanhado de diversas pessoas que colaboraram diretamente ou indiretamente para que o trabalho pudesse ser edificado. Assim, agradeço a todos aqueles que me apoiaram para que este momento pudesse ser alcançado.

Em especial, agradeço ao meu orientador William Santos Ferreira, que desde a graduação na PUC/SP, e por mais de 10 anos, orienta e guia meus passos acadêmicos e profissionais no Direito.

Também agradeço a todos os Professores da PUC/SP, em especial aos Professores Cassio Scarpinella Bueno, João Batista Lopes, Teresa Arruda Alvim, Arlete Inês Aurelli, Marco Antonio Marques da Silva, Cláudio de Cicco e André Ramos Tavares, por todas as lições que foram transmitidas ao longo do mestrado.

Agradeço ainda a minha família, em especial aos meus pais João Luiz Câmara Felga e Izilda Santos Leão Felga, aos meus irmãos Rafael Leão Câmara Felga e Igor Leão Câmara Felga, e a minha esposa Mariana Soares de Oliveira, por todo o carinho, paciência, apoio e ensinamentos que culminaram nessa dissertação.

Agradeço também aos amigos que fiz no mestrado da PUC/SP, em especial aos amigos Tiago Bitencourt de David, Reinaldo Sales Jr., Luiz Paulo Diniz, Saulo Gahyva e Lygia Bortulucci, que gentilmente compartilharam experiências, aprendizados e apoio ao longo de todo o curso.

Agradeço também aos meus amigos da graduação da PUC/SP, em especial aos amigos Nicola Tommasini, Gabriel Calil Pinheiro e Felipe Vilela Ramalho, por todas as discussões, momentos e aprendizados que passamos, e ainda continuamos passando, juntos.

Por fim, agradeço aos amigos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em especial aos amigos e procuradores do estado do contencioso do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP Claudio Porpino Cabral de Melo, Giulia Dandara Pinheiro Martins, Lenita Leite Pinho, Carlos Henrique de Lima Alves Vita e Ilanna Sofia Santos Soeiro Silva, e ao Centro de Estudos da PGE-SP, por todo o suporte que me foi dado ao longo desta jornada do mestrado.

RESUMO

FELGA, Caio Leão Câmara Felga. **A prova cível e o ato administrativo**

Produzido um ato administrativo, nada impede que seja questionado na via administrativa ou, então, no Poder Judiciário. Nesse último caso, o administrado leva em geral ao judiciário uma situação jurídica passiva em que ocupa a posição de contribuinte, agente público etc.; por sua vez, a administração pública, antes em geral quem tomou a decisão administrativa, passa a figurar em um dos polos do processo judicial, assumindo as garantias, ônus, deveres e poderes de qualquer parte. Existem inúmeras razões pelas quais um ato administrativo pode figurar como objeto de discussão em um processo judicial. Sem embargo, questionado o ato em seus aspectos probatórios, o importante é que, de modo geral, as provas produzidas em sede jurisdicional terão caráter residual àquelas já realizadas em âmbito administrativo. É nesse cenário que se objetiva aprofundar o tema da prova do ato administrativo no ambiente probatório do processo civil, com enfoque especial na interrelação entre os planos material e processual. Para alcançar o escopo pretendido, esclarece-se de início a estrutura do trabalho, ocasião em que são aprofundados o objetivo e limites de investigação, as fontes e o processo pelo qual a pesquisa pretende extrair conhecimento e o modo de investigação (dogmático ou zetético) da pesquisa. Aborda-se em seguida a importância de se examinar a interrelação entre os planos material e processual, bem ainda o discurso sobre a prova adotado no estudo. A partir daí, busca-se aprofundar certos momentos da prova que são essenciais para a compreensão da prova tanto do processo administrativo, como do processo judicial. Avança-se em seguida para aprofundar o entendimento sobre o processo administrativo, em especial no que diz respeito aos seus aspectos probatórios. Por fim, adentra-se ao processo judicial, ocasião em que serão discutidos: a natureza jurídica da prova produzida no processo administrativo no processo judicial; a existência ou não de prerrogativas processuais da fazenda pública em matéria probatória; as provas unilaterais produzidas pela administração pública e o ato administrativo; a produção de provas pela administração no processo judicial; o ônus da prova e o ato administrativo; a discricionariedade em matéria técnica e a prova pericial; o móvel do agente público e a prova dos estados subjetivo; a prova dos atos administrativos abstratos locais; a prova e o ato administrativo em procedimentos específicos e, por fim, as repercussões da prova cível no processo administrativo.

Palavras-chave: prova cível; ato administrativo; momentos da prova; processo administrativo; ônus da prova; presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo.

ABSTRACT

FELGA, Caio Leão Câmara Felga. **Civil evidence and the administrative act**

Producing an administrative act does not prevent it from being challenged in the administrative or judicial arena. In the latter case, the individual affected by the act typically raises a passive legal situation in the court, occupying the position of a taxpayer, insured party, public agent, etc. The public body, which typically took the administrative decision, becomes one of the parties in the judicial process, assuming the guarantees, burdens, duties, and powers like any other party. There are countless reasons why an administrative act can be the subject of discussion in a judicial process. However, if the act is challenged in its probative aspects, in general, the evidence produced in the judicial arena will have a lower ranking compared to that evidence already produced in the administrative sphere. This work aims to deepen the understanding of this scenario, focusing specifically on the interrelation between the material and procedural aspects of the administrative act's proof in the civil trial environment. To achieve its objective, first, the study clarifies the structure of the work, presenting its objectives, limits of investigation, sources, the process by which the research intends to extract knowledge, and the dogmatic nature of the research. Next, it addresses the relevance of examining the interrelation between the material and procedural aspects, as well as the discourse on the evidence adopted in the study. From there, the work seeks to deepen certain stages related to the proof that are essential to the understanding of both administrative and judicial processes. The study then advances to deepen the understanding of the administrative process, particularly regarding its probative aspects. Finally, it delves into the judicial process, discussing the legal nature of the evidence produced in the administrative process in the judicial process; the existence or absence of procedural prerogatives of the public treasury in probative matters; unilateral evidence produced by public bodies and the administrative act; the production of evidence by the administration in the judicial process; the burden of proof and the administrative act; technical discretion and expert evidence; the agent's motive and the proof of subjective states; proof of local abstract administrative acts; proof and administrative acts in specific procedures; and finally, the repercussion of civil evidence in the administrative process.

Keywords: civil evidence; administrative act; stages related to the proof; administrative process; burden of the proof; presumption of regularity

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI/ADIN	Ação Direita de Inconstitucionalidade
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APL	Apelação
ARSESP	Agência Reguladora de Serviços Públicos no Estado de São Paulo
ARTESP	Agência de Transporte do Estado de São Paulo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
EDcl	Embargos de declaração
HC-FMUSP	Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de São Paulo
LEF	Lei de Execução Fiscal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MS	Mandado de Segurança
PGE/SP	Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

INTRODUÇÃO 11

1. ESTRUTURA E OBJETIVOS DA PESQUISA 15

1.1. Aprofundamento dos aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil.... 17

1.1.1. A prova cível 17

1.1.2. O ato administrativo 20

1.1.3. Principal ponto de encontro entre o ato administrativo e o processo civil na seara probatória 32

1.1.4. Limites de investigação 34

1.2. Fontes da pesquisa e o método utilizado 36

1.3. A pesquisa é predominantemente dogmática 37

2. A IMPORTÂNCIA DA INTERRELAÇÃO ENTRE OS PLANOS MATERIAL E PROCESSUAL NO ESTUDO DA PROVA CÍVEL E DO ATO ADMINISTRATIVO 39

3. A PROVA E A TRADIÇÃO RACIONALISTA 44

3.1. Finalidade da prova e a importância da verdade no Direito 45

3.2. Teoria da natureza da verdade adotada 49

3.3. Epistemologia jurídica 52

3.4. A realidade, os enunciados fáticos e o processo 55

3.5. Verossimilhança e a probabilidade 57

3.6. A busca por um conjunto probatório mais completo 61

3.7. Esclarecimentos finais sobre a corrente adotada 62

4. MOMENTOS DA PROVA 66

4.1. Formação do conjunto probatório 66

4.2. Valoração da prova 68

4.3. Standards probatórios 73

4.4. Ônus da prova 77

4.4.1. Ônus e deveres processuais 78

4.4.1. Considerações iniciais sobre o ônus da prova 82

4.4.2. Conceito de ônus da prova 84

4.4.3. Ônus da prova: aspectos subjetivo e objetivo 85

4.4.4. A quem incumbe o ônus da prova 88

4.5. Presunções 93

4.5.1. Presunções de direito e de fato 93
4.5.2. Presunções judiciais e legais 95

5. CICLO DE FORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: OS ASPECTOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO 105

5.1. A distinção entre processo e procedimento administrativo 109
5.2. A ausência de um diploma normativo de caráter nacional e as dificuldades científicas no estudo do processo administrativo 118
5.3. A instrução no processo administrativo 123
5.3.1. Oficialidade e a inquisitoriedade do processo administrativo 123
5.3.2. Busca da verdade no processo administrativo e as classificações de verdade material, substancial ou real e formal ou processual 126
5.3.3. Verdade sabida 129
5.3.4. O princípio do formalismo moderado e a necessidade de produção de provas para a prática de atos administrativos 132
5.3.5. Epistemologia jurídica e o processo administrativo 136
5.3.6. Participação social como meio importante de obtenção de informações para a melhor tomada de decisão pela administração pública 139
5.3.7. Etapas da prova no processo administrativo: formação do conjunto probatório, valoração de provas e tomada de decisão sobre os fatos 146
5.3.8. Presunção de veracidade dos atos administrativos no processo administrativo 161

6. ASPECTOS PROBATÓRIOS DO ATO ADMINISTRATIVO NO PROCESSO JUDICIAL CÍVEL 163

6.1. Linhas introdutórias 163
6.2. Prerrogativas da fazenda pública em juízo no tema da prova dos atos administrativos 166
6.3. Natureza da prova produzida no processo administrativo como prova emprestada no processo judicial 174
6.3.1. Da natureza jurídica de prova emprestada do processo administrativo 174
6.3.2. Considerações sobre a prova produzida no processo administrativo como prova emprestada 177
6.4. Provas unilaterais e ato administrativo 181
6.4.1. Provas unilaterais: uma questão de valoração e suficiência probatória 182
6.4.1. Provas unilaterais e a administração pública 188
6.5. A produção de provas pela fazenda pública no processo judicial 194
6.5.1. Os enunciados fáticos formulados pela administração pública no tema do ato administrativo 194

6.5.2. A produção de provas pela fazenda pública no processo judicial: pode a fazenda pública superar o dever de prova do processo administrativo no processo judicial?.... 197

6.6. Ônus da prova e o ato administrativo 202

6.6.1. Fazenda pública e os negócios jurídicos processuais envolvendo ônus da prova e atos administrativos 204

6.6.2. Presunções de legitimidade e veracidade do ato administrativo e o ônus da prova no processo judicial 212

6.7. Separação dos poderes e o problema da discricionariedade em matéria técnica e o controle jurisdicional por meio da produção de prova periciais 266

6.7.1. Considerações gerais sobre a competência discricionária administrativa e controle jurisdicional 266

6.7.2. Discricionariedade em matéria técnica 272

6.7.3. Controle judicial da competência discricionária em matéria técnica e a produção de provas periciais 277

6.8. Móvel ou intenção do agente público na produção dos atos administrativos e a prova dos estados subjetivos 287

6.8.1. Da relevância jurídica do móvel do agente público 287

6.8.2. Da prova do móvel do agente público 293

6.8.3. Controle das presunções judiciais no processo 299

6.9. A prova dos atos administrativos abstratos locais 303

6.10. A prova e o ato administrativo em procedimentos específicos 308

6.10.1. Dever de a fazenda pública apresentar documentos nos juizados especiais 309

6.10.2. Direito líquido e certo no mandado de segurança 313

6.10.3. A documentação que instrui a petição inicial na execução fiscal 317

6.11. A prova e o retorno ao âmbito administrativo 326

CONCLUSÃO 330

BIBLIOGRAFIA 336

INTRODUÇÃO

O ato administrativo é um dos temas mais importantes do Direito Administrativo. Nas palavras de José Cretella Júnior[1]: "o ato administrativo constitui noção angular do direito administrativo". Em outras palavras, consoante os dizeres de Caio Tácito[2]: "o conceito do ato administrativo e de suas consequências jurídicas é, pois, o núcleo do Direito Administrativo, o centro por assim dizer de seu sistema planetário".

De modo geral, afirma-se que o ato administrativo por vezes é antecedido de um processo administrativo.[3] Produzido o ato, nada impede que seja questionado na própria via administrativa ou, então, discutido no Poder Judiciário, dado que, neste último caso, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5, inciso XXXV, da CF).

Questionado o ato administrativo no processo judicial, é provável que uma das partes seja a própria fazenda pública que o produziu. Ou seja, o administrado leva em geral ao judiciário uma situação jurídica passiva em que ocupa a posição de contribuinte, segurado, usuário de serviços públicos, agente público etc.[4] De outro lado, o poder público, antes em geral aquele que conduziu o processo administrativo e tomou a decisão administrativa, passa a figurar em um dos polos do processo judicial, assumindo as garantias, ônus, deveres e poderes processuais de qualquer parte.[5]

Existem inúmeras razões pelas quais um ato administrativo pode figurar como objeto de discussão em um processo judicial. Sem embargo, questionado o ato administrativo em seus aspectos probatórios, o importante é que, de modo geral, as provas produzidas em sede jurisdicional pela administração pública terão caráter

---

[1] CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**, São Paulo: José Bushatsky, 1972. p. 17.
[2] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 82.
[3] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, *in*: **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). Tratado de Direito Administrativo - Ato administrativo e procedimento administrativo**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 262.
[4] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63.
[5] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 242.

residual àquelas já realizadas anteriormente, voltando-se sobretudo para aumentar ou diminuir a fiabilidade das provas produzidas no processo administrativo.[6]

Em outras palavras, impugnado o ato administrativo no judiciário, as provas produzidas no processo administrativo que o antecedeu passam a servir como prova no processo judicial. Daí o porquê de se afirmar que, quando demandada em juízo, a administração pública mostrará que se revelaram já comprovados os fatos pertinentes ao ato administrativo no processo administrativo, uma vez que já foi realizada anteriormente a atividade probatória necessária para sustentá-lo.[7]

É nesse cenário que se objetiva aprofundar o tema da prova do ato administrativo no ambiente probatório do processo civil, com enfoque especial na interrelação entre os planos material e processual.

Seria bem possível, como já foi feito com profundidade, tratar o ato administrativo e a prova cível de maneira isolada. No entanto, o excessivo distanciamento entre os planos material e processual pode causar mais prejuízos do que benefícios à compreensão de certos institutos.[8] Haja vista que, ao fim e ao cabo, são planos que estão profundamente relacionados[9], segundo uma intersecção da qual não se sobressai um plano sobre o outro.[10] Pelo contrário, o que se tem é uma intersecção entre os planos por meio da qual mutuamente se influenciam.[11]

Isto posto, para alcançar o seu objetivo, a pesquisa em primeiro lugar esclarece a estrutura do trabalho. São aprofundados nesta seção o objetivo e os limites de investigação, as fontes e o processo pelo qual a pesquisa pretende extrair conhecimento e, por fim, a possibilidade de conhecimento da presente pesquisa, ou seja, esclarecer se a pesquisa é predominantemente dogmática ou zetética.

---

[6] AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal. **Revista de derecho**, v. 27, 2020. p. 23.

[7] DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 3, n.11, p. 25–60, out-dez, 2019. p. 5 (versão digital).

[8] CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. Collana La Memoria Del Diritto**, Roma: Tre-press, 2019. p. 568.

[9] PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, 6. ed. Napoli: Jovene, 2014. p. 4 e ss.

[10] Como anota Hernando Devis Echandia: "(...) no es cierto que la importancia de unas normas sea superior a la de las otras, ni que su naturaliza las señale como principales y secundarias o accesorias; y ni siquiera lo es que el procesal sea un derecho que dependa para existir del derecho substantivo o privado que defiende o realiza" (ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, Madrid: Aguilar, 1966. p. 4).

[11] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol I - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959. p. 51.

Aborda-se em seguida, com mais profundidade do que o já exposto na presente introdução, a interrelação entre os planos material e processual e a importância de se examinar a prova cível e o ato administrativo de maneira conjugada.

Posteriormente, aprofunda-se o discurso sobre a prova adotado no trabalho. Adiante-se que se adota a tradição racionalista da prova, a qual, no fundo, se traduz em uma série de aspectos e abordagens sobre a prova convergentes entre vários autores, que podem ser resumidos nos seguintes pontos: (i) a epistemologia é relevante para a investigação de informações no processo; (ii) a epistemologia é cognitiva e não cética; (iii) adota-se em geral uma teoria correspondentista da verdade; (iv) a decisão a ser tomada sobre os fatos deve ser racional e justificada; (v) a busca pela verdade é um meio para alcançar justiça, em que pese o ordenamento possa tutelar outros valores.

Em seguida, procura-se aprofundar certos momentos da prova que são essenciais para a compreensão tanto do processo administrativo, como do processo judicial, no tema do ato administrativo. Serão estudados os momentos da formação do conjunto probatório, da valoração da prova, dos *standards* probatórios, do ônus da prova e, por fim, das presunções.

O trabalho avança em seguida para aprofundar o entendimento sobre o processo administrativo, em especial no que diz respeito aos seus aspectos probatórios. Em que pese não seja o objeto principal do estudo, entende-se que assume importante papel a processualidade administrativa para a compreensão do próprio processo judicial, notadamente quando a discussão é a prova cível e o ato administrativo.[12]

Por fim, a pesquisa aprofundará, dentro do objetivo proposto, a prova cível e o ato administrativo no âmbito do processo judicial. São discutidos os seguintes temas: (i) a existência ou não de prerrogativas processuais da fazenda pública em matéria probatória; (ii) a natureza jurídica da prova produzida no processo administrativo quando aportada ao processo judicial; (iii) as provas unilaterais produzidas pela administração pública e o ato administrativo; (iv) a produção de provas pela

[12] Nesse aspecto, inclusive, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello coloca parte do Direito Administrativo e o Direito Processual Civil sob a definição de "direitos adjetivos", conforme a seguinte lição: "Ora, a parte do Direito Judiciário denominada *Direito processual* considera-se direito adjetivo, porquanto tem por fim regular a forma para fazer atuar as normas jurídicas e as consequentes relações definidas em outros ramos jurídicos de direito substantivo (...). Igualmente, de direito adjetivo deve ser havida a parte do Direito Administrativo que ordena a ação de legislar e executar, ou, melhor, as normas e atos relativos à ação administrativa, ao procedimento administrativo, legislativo e executivo, uma vez que constituem formas pelas quais se regulamentam e se executam outras normas jurídicas (...)" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68).

administração no processo judicial; (v) o ônus da prova e o ato administrativo; (vi) a discricionariedade técnica e a prova pericial; (vii) o móvel do agente público e a prova dos estados subjetivos; (viii) a prova dos atos administrativos abstratos locais; (ix) a prova e o ato administrativo em procedimentos específicos; (x) e, por fim, as repercussões da prova cível no processo administrativo.

1. ESTRUTURA E OBJETIVOS DA PESQUISA

Na gradação do conhecimento, reconhece-se que o conhecimento científico é aquele que, nas palavras de Miguel Reale[13]: "obedece a um processo ordenatório da razão, garantindo-nos certa margem de segurança quanto aos resultados, à coerência unitária de seus juízos e a sua adequação ao real".

Por conseguinte, todo tipo de conhecimento científico pressupõe uma ordenação intencional da inteligência do pesquisador capaz de permitir alcançar um resultado guarnecido ao menos de relativa certeza.[14]

Dentro desse contexto, a ciência do Direito, nas palavras de Miguel Reale[15] é aquela que: "(...) estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo".

O conhecimento científico em qualquer área sempre sofreu grande influência das ciências naturais (ou duras) como modelo norteador.[16] Muito provavelmente, o modelo das ciências naturais é utilizado como referência em virtude de sua elevada capacidade de prover conhecimentos confiáveis.[17]

O modelo das ciências naturais, no entanto, não pode ser simplesmente replicado, sem as devidas ressalvas, ao conhecimento que se produz em outras ciências, notadamente em relação àquelas comumente denominadas de ciências humanas ou sociais.

Afinal, as ciências humanas ou sociais, como é o caso do Direito, adotam métodos, sistemas de análise, controle e graus de conhecimento que não só são distintos das ciências naturais, mas que também são diversos dentro delas mesmas.[18]

A primeira especificidade da ciência jurídica, apontada por Francesco Carnelutti[19], diz respeito ao próprio dado pesquisado: por vezes se confunde o dado

---

[13] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55.
[14] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75.
[15] *Ibid*., p. 15.
[16] Esclarece Hans-Georg Gadamer que: "a auto reflexão lógicas das ciências do espírito, que acompanha o seu efetivo desenvolvimento no século XIX, é inteiramente dominada pelo modelo das ciências da natureza" (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica - Tradução de Flávio Paulo Meurer**, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997. p. 9).
[17] TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 67.
[18] TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - monografías Universitas**, Santiago: Editorial Metropolitana, 2009. p. 93.
[19] Como explica o autor: "el obrar jurídico significa colocar o aplicar la regla del derecho, su misión se resuelve en la busca de la regla para hacer obrar la regla del derecho. La dificultad culmina en esta

pesquisado com o próprio resultado da pesquisa. Nada obstante, o dado a ser utilizado para pesquisa científica jurídica aparece em quantidade exorbitantes e nos mais diferentes ordenamentos que se alteram gradativamente ao longo da história.[20]

De outro lado, na ciência jurídica, há também de se lidar com o problema dos valores.[21] De fato, os juízos de valor não podem ser confirmados cientificamente, já que não são suscetíveis de corroboração através da observação e da experimentação.[22] Daí inclusive o porquê de Chaïm Perelman[23] constatar que: "o raciocínio jurídico (...) só muito raramente poderá ser considerado correto ou incorreto, de um modo, por assim dizer, impessoal".[24]

Além do já exposto, acresce-se ao problema da ciência jurídica o fato de que esta, ao revés das ciências exatas, não trata de fenômenos que se ordenem independentemente da atividade daquele que a estuda.[25] Nessa esteira, como ainda aponta Castanheira Neves[26], a metodologia jurídica deve refletir sobre o problema da realização do Direito, para, a partir de modo um crítico, orientar o seu juízo decisório.

Reconhecer as especificidades, ou mesmo dificuldades, que se enfrentam na realização da ciência jurídica não implica afirmar que o procedimento metódico, próprio de qualquer ciência, seja prescindível ao operador do Direito, muito menos que os métodos empregados na pesquisa jurídica sejam de todo inúteis.[27-28]

---

especie de equívoco y desemboca no pocas veces en una confusión entre el dato y el resultado de la ciencia, por lo que hay de común entre estos dos términos que se han constituido en regla el uno y el otro; pero el dato consiste en la regla del derecho y el resultado en la regla sobre el derecho" (CARNELUTTI, Francesco. **Metodología del derecho**, Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2003. p. 23).

[20] *Ibid*., p. 37.

[21] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito - Tradução de José Lamego**, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 2.

[22] *Ibid*.

[23] PERELMAN, Chaïm. **A lógica jurídica: nova retórica**, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 8.

[24] Convém ainda registrar trecho da obra de Susan Haack sobre o tema: "Los argumentos analógicos científicos son argumentos sorbe como es el mundo y sus conclusiones son proposiciones fácticas (…). Los argumentos analógicos jurídicos, sin embargo, *no* versan simplemente sobre cómo es el mundo, sino también sobre cómo se debe tomar una decisión; y sus conclusiones. (…) Pero esto significa que los argumentos analógicos jurídicos dependen, a diferencia de los argumentos analógicos científicos, de consideraciones políticas, de objetivos a conseguir, de valores a los que se debe servir". Esclarece ainda a autora que não se pode cair na falsa equivalência que se faz entre aquilo que é racional e a lógica-formal, equivalência esta que em geral leva à conclusão de que argumentos jurídicos não podem ser racionalmente avaliados (HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**, Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 82).

[25] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 22.

[26] CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**, Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 14 e 15.

[27] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito - Tradução de José Lamego**, cit., p. 2.

Sobre o tema, pondera Robert Alexy[29] que: "clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências". Ou seja, a certeza nas pesquisas jurídicas, ainda que relativa, é obtida, segundo o mesmo autor: "mediante o rigor do raciocínio, a objetividade da observação dos fatos sociais e a concordância de seus enunciados".[30]

De outro lado, reconhecer uma relativa certeza e rigor necessário às pesquisas jurídicas não implica afirmar ser possível sempre realizar no âmbito da ciência jurídica verificações do tipo analítica ou mesmo sintética (verificações a partir da experiência).[31]

Partindo-se assim da premissa que também deve ser organizado o conhecimento científico no campo jurídico, em que pese não se deva replicar os métodos próprios das ciências exatas para sua compreensão, e sem perder de vista as limitações que o conhecimento científico no campo do Direito possui, busca-se em seguida esclarecer a estrutura da pesquisa, a partir dos seguintes pontos: (i) o objetivo da pesquisa; (ii) de onde se origina o conhecimento da presente pesquisa e por qual processo se pretende extrair conhecimento; (iii) e, por fim, a possibilidade de conhecimento da presente pesquisa (se dogmática ou zetética).

1.1. Aprofundamento dos aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil

O trabalho tem por objetivo aprofundar aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil, com enfoque especial na interrelação entre os planos material e processual.

Vejamos, por conseguinte, o que se entende no trabalho por prova cível e Direito Probatório, bem ainda o que se entende por ato administrativo, para em seguida se esclarecer quais são os limites de investigação propostos.

1.1.1. A prova cível

---

[28] Esclarece nesse sentido Michele Taruffo que: "al lado de las ciencias de la naturaleza, se reconoce ya un carácter científico en otros campos del conocimiento y de la investigación que también son utilizables en el ámbito del proceso. Se trata de las ciencias humanas o sociales (…)" (TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**, cit., p. 68).
[29] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva**, 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 38.
[30] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, cit., p. 76.
[31] *Ibid*., p. 74 a 76.

O vocábulo prova, do latim *probatio,* pode ser empregado em mais de um sentido: prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação e confirmação.[32] O termo vem de *probus*, que quer dizer bom, honrado, reto, de modo que aquilo que resulta provado é bom, correto ou, ainda, que está de acordo com à realidade.[33] Trata-se de noção que, ao fim e ao cabo, está presente em todas as manifestações da vida humana.[34]

No sentido jurídico, o termo prova também é empregado com várias acepções: pode significar a ação de provar ou de fazer prova; ou, ainda, o meio de prova em si considerado, como a prova documental ou testemunhal; e, por fim, o resultado dos atos ou dos meios de prova produzidos.[35] Ou seja, em termos jurídicos, a prova é encarada como atividade, meio e fim.[36]

Convém registrar que na tradição jurídica do *common law,* é bem aceita a distinção entre *evidence* e *proof:* enquanto aquele termo se refere aos meios de prova ou qualquer elemento de prova trazido ao processo, este último se refere ao resultado da prova ou esclarecimento de um fato pela prova.[37]

Seja como for, a prova no processo, nas suas mais variadas acepções, é estudada com mais profundidade pela ciência processual, notadamente a partir daquilo que poderia se denominar de Direito Probatório.

Há controvérsia em parcela da doutrina sobre o que de fato deveria ser incluído ou não no estudo Direito Probatório[38], especialmente na tradição jurídica do *common*

---

[32] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 11.
[33] SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979. p. 33.
[34] ECHANDIA, Hernando Devis; VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Compendio de la prueba judicial - Tomo I**, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1984. p. 12.
[35] Nesse sentido: DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, 10. ed. Bogotá: Temis, 2021. p. 7; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 11 e 12.
[36] SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 75.
[37] Segundo o Black's Law Dictionary, o termo *evidence* constitui: "Any species of proof, or probative matter, legally presented at the trial of an issue, by the act of the parties and through the medium of witnesses, records, documents, exhibits, concrete objects, etc., for the purpose of inducing belief in the minds of the court or jury as to their contention"; ao passo que *proof*: "The effect of evidence; the establishment of a fact by evidence" (BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary - definitions of the terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern**, 6. ed. St. Paul: West Publishing CO., 1990. p. 556 e 1215).
[38] Aponta Fernando Gama Miranda Netto sobre a controvérsia do que se inclui ou não no Direito Probatório que: "a doutrina assevera que o ônus da prova não pertence propriamente ao campo do direito probatório, mas à teoria da decisão por falta de provas" (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133).

law. Por exemplo, Jeremy Bentham[39], já em seu tratado sobre as provas, alerta sobre a necessidade de se diferenciar o raciocínio probatório das regras de procedimento probatório.

De outro lado, James Bradley Thayer[40] coloca naquilo que chama de *law of evidence* o conjunto de regras e princípios que regulamentam investigações judiciais sobre questões de fato, mas exclui de seu âmbito as regras de ônus e presunções legais, já que, ao fim e ao cabo, são regras de julgamento.

Por sua vez, John Henry Wigmore[41], próximo ao entendimento perfilhado por Jeremy Bentham, separa dentro daquilo que denomina de *principles of proof* duas distintas partes: uma relacionada ao processo de raciocínio probatório e uma outra relacionada à admissibilidade da prova (regras de procedimento probatório), deixando claro inclusive que a primeira é mais importante que a segunda.

Sem embargo, de modo a esclarecer o que se vai tratar na pesquisa, adota-se o sentido de que a prova é, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco[42]: "um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos (...)", de modo que se entende como compreendido no escopo da pesquisa todos os momentos de tal conjunto de atividades, ainda que indiretamente relacionados, segundo a seguinte classificação proposta por William Santos Ferreira[43]: (i) a proposição da prova; (ii) o deferimento ou a determinação da prova; (iii) a

---

[39] Tome-se, como exemplo, o seguinte trecho de sua obra: "It follows from the definition, that questions of evidence have a much wider application than we are usually aware of. They occur in circumstances of life, where one would least suspect that he was following a logical, and, so to speak, a judicial process; the management of domestic affairs depends entirely on evidence (...). The physical sciences have a treatise on *Art of Observing*. It is a treatise on evidence as applied to a particular end; it is the art of drawing from one fact just conclusion as to another: the object is, to know whether all the facts observed correspond with each Other. In administration and legislation, there is clearly no way of proceeding, except by inference, that is, by evidence. The art of collecting fact, of establishing them, of placing them in such and order, that they throw light reciprocally on each other, and that all their relations and consequences can be grasped, is the basis of the sciences of administration and legislation. (…) In common acceptation, proof seems to have a more particular reference to courts of justice" (BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, London: Baldwin, Cradock and Joy, 1825. p. 8).

[40] THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**, Boston: Little, Brown, and Company, 1898. p. 263 e 314.

[41] WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience**, Boston: Little, Brown, and Company, 1913. p. 1.

[42] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 47.

[43] FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova, *in*: **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro. Orgs: Marco Félix Jobim, Rafael Caselli Pereira**, Londrina: Thoth, 2021. p. 541 a 542.

produção da prova; (iv) a valoração da prova; (v) a fundamentação sobre a prova; (vi) e, por fim, a aplicação das regras de ônus da prova, aí incluídas as presunções legais.[44]

Em se tratando de uma pesquisa que busca tratar da prova cível e o ato administrativo, naturalmente as aludidas etapas mencionadas serão estudas com foco no processo civil.

1.1.2. O ato administrativo

A partir do objetivo da pesquisa de aprofundar os aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil, é natural que, logo de início, se traga a definição de ato administrativo, a qual acompanhará todo o restante do trabalho.

O ato administrativo é um dos temas mais importantes do Direito Administrativo. Assinala nesse sentido José Cretella Júnior[45]: "o ato administrativo constitui noção angular do direito administrativo". Caio Tácito[46], em esteira semelhante, aponta que: "o conceito do ato administrativo e de suas consequências jurídicas é, pois, o núcleo do Direito Administrativo, o centro por assim dizer de seu sistema planetário".

De fato, o ato administrativo constitui tema central na teoria do Direito Administrativo e essencial para o próprio cotidiano da administração pública. Como nos recorda José Manoel de Arruda Alvim Netto[47], a administração faz uso do ato administrativo "(...) como a sua linguagem e o seu instrumento (...)".

A teoria do ato administrativo tem origem na França, notadamente com as contribuições da jurisprudência do Conselho de Estado[48], sobretudo a partir da

---

[44] Convém consignar que Susan Haack também adota, para os fins que propõe em seus estudos, um sentido amplo de Direito Probatório, conforme o seguinte trecho de sua obra: "La epistemología, como la filosofía em general, es esencialmente universal; el derecho probatorio, como el derecho em general, cambia de un lugar a otro y de tempo a otro. Así pues, mi tarea requiere reflexionar sobre 'el(los) derechos(s) probatorio(s)' em un sentido amplio: *i.e.*, no solo sobre las reglas jurídicas de admisibilidad y exclusión de pruebas, la carga de la prueba y los estándares de prueba, etc., sino también acerca de los procedimientos y prácticas que constituyen esfuerzos jurídicos para determinar la verdad" (HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**, cit., p. 137). De outro lado, Cândido Rangel Dinamarco entende como compreendido no estudo do direito probatório o objeto da prova, o ônus da prova, as fontes da prova, os meios de prova e a valoração da prova (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 62). O que se percebe, portanto, com base nas doutrinas acima mencionadas e nos citados autores Jeremy Bentham, James Bradley Thayer e John Henry Wigmore, é que os temas compreendidos no Direito Probatório variam de acordo com a doutrina.

[45] CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**, cit., p. 17.

[46] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 82.

[47] ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Mandado de segurança. **Revista de Processo**, v. 6, p.145-159, abril-junho, 1977. p. 2.

[48] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 45.

necessidade de separar as competências em razão do sistema dual de jurisdição francês.[49] Sem embargo, segundo aponta Caio Tácito[50], já no período revolucionário francês surgem diferentes terminologias para designar atos produzidos pela administração e que levariam, depois, à terminologia hoje muito utilizada de ato administrativo.

Tal como elucida Themístocles Brandão Cavalcanti[51], a preocupação sobre o tema sempre foi o fato de que a administração pública, para alcançar seus fins, deve praticar atos que, pela sua natureza, possuem características peculiares. Em esteira semelhante, Juan Carlos Cassagne[52] aponta que com a definição de ato administrativo se busca diferenciar atos praticadas pela administração pública sob um regime diferente daqueles atos praticados exclusivamente sob a tutela do Direito Privado.

O presente estudo não pretende aprofundar todos os aspectos do ato administrativo. Com o objetivo de tratar dos aspectos probatórios, é suficiente ao estudo definir o que se entende por ato administrativo, para, em seguida, se abordar o principal ponto de encontro entre o ato administrativo e o processo civil na seara probatória.

O tema ora trazido já se encontra muito bem aprofundado, seja no âmbito nacional ou no comparado, com dezenas de formulações diferentes feitas pelas mais autorizadas doutrinas. De fato, como atesta Sandra Julien Miranda[53]: "Inúmeros autores, ao longo do tempo, têm proposto as mais variadas noções de ato administrativo".

A divergência doutrinária, como pondera Roberto Dromi[54], surge em razão da própria amplitude e extensão das diferentes tomadas de decisão que a administração pública realiza em seu cotidiano.[55] Vejamos, então, algumas formulações sobre o tema.

---

[49] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, 12. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 548.
[50] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 82.
[51] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria Dos Atos Administrativos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 35.
[52] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 46.
[53] MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.
[54] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. p. 199.
[55] De fato, como anota Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: "Não há jurisdição mais ampla que a referente ao poder administrativo, estendendo-se a todos os setores da Administração ativa e até onde o Estado possa exercitar as atribuições legais e constitucionais que delega, outorga, confere e executa. Eis o porquê dos atos administrativos, como atos jurídicos praticados segundo o Direito Administrativo, pelo Estado ou pelas pessoas administrativas, alcançarem plano cuja amplitude engloba situações constitutivas, assecuratórias, modificas ou extintivas de direitos" (SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Prova Perante a Administração e no Direito Administrativo, cit., p. 94).

Em primeiro lugar, no âmbito nacional, a começar pela definição ampla de Celso Antônio Bandeira de Mello[56], propõe o autor que o ato administrativo é a "declaração do Estado (ou de quem lhe faça vezes) (...) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providência jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional". Formula o mesmo autor ainda uma definição estrita, na qual se exclui da definição ampla "(...) tanto os atos abstratos (como os regulamentos, instruções etc.) quanto os atos convencionais (como os 'contratos administrativos')".

Por sua vez, Caio Tácito[57] separa os atos administrativos formais dos materiais: o primeiro termo representa: "(...) todos aqueles praticados por um órgão administrativo", ao passo que o segundo: "(...) representam, substancialmente, o exercício da função administrativa do Estado", ou seja, na visão do mesmo autor: "(...) que estabelece ou modifica uma situação jurídica individual, ou ainda, concorre para a sua formação".

De outro lado, José Cretella Júnior[58] define o ato administrativo como:

> (...) manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[59] define o ato administrativo como: "(...) declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime de jurídico de Direito Público e sujeita a controle Poder Judiciário".

A seu turno, Antônio Carlos Cintra do Amaral[60] se manifesta no sentido de que: "(...) ato administrativo é a norma jurídica concreta criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeitos, diretamente, na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal".

---

[56] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 389 e 390.
[57] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 83.
[58] CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**, cit., p. 32.
[59] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.
[60] AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Teoria do Ato Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 30.

Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[61] define ato administrativo a partir da seguinte noção: "(...) manifestações de vontade de órgãos de Administração Pública, como Poder Público, para produzir efeitos jurídicos, isto é, suscetíveis de produzir efeitos de direito, por si mesmas".

Hely Lopes Meirelles[62] apresenta o ato administrativo como: "toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".

No Direito Comparado, as formulações são as mais diversas também. Na Itália, Santi Romano[63] define ato administrativo como: "una pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa". Já Renato Alessi[64] conclui que ato administrativo é: "la manifestación de un poder parte de una autoridad administrativa, como tal, y con respecto a una relación en la que dicha autoridad sea parte, para la satisfacción de intereses públicos concretos confiados a la misma". Por sua vez, Pietro Virga[65] atribui ao ato administrativo a seguinte definição: "(…) manifestazione di volontà o di conoscenza o di giudizio o di natura mista, posta in essere da una autorità amministrativa, nell'esercizio di una potestà amministrativa per un caso concreto e per destinatari determinati o almeno determinabili".

Na França, Léon Duguit[66] assinala que ato administrativo é: "(…) la manifestation individuelle d'un agent du pouvoir exécutif et par là un acte de puissance publique; il est devenu l'acte individuel fait en vue d'un service public". Por outro lado, define Maurice Hauriou[67] ato administrativo como : "une décision exécutoire, prise au nome d'une personne administrative par un représentant légal, en vue de produire un effet de droit et qui, par conséquent, est relative à l'exercise d'un droit". A seu turno, compreende Henri Welter[68] que o ato administrativo constitui: "(...) décision exécutoire

---

[61] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 477.
[62] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 173.
[63] ROMANO, Santi. **Principii di Diritto Amministrativo Italiano**, 2. ed. Milano: Società Editrice Libraria, 1906. p. 48 e 49.
[64] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, Barcelona: Bosch, 1970. p. 254.
[65] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972. p. 3.
[66] DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**, Paris: Armand Colin, 1913. p. 147.
[67] HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif, contenant le droit public e le droit administratif**, 2. ed. Paris: Larose & Forcel, 1893. p. 185.
[68] WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 18.

par laquelle l'administration affirme sa volonté avant de passer à l'exécution et dans laquelle se révèle la nature propre du pouvoir administratif". Por sua vez, Léon Béquet[69] atribui ao ato administrativo o seguinte sentido: "Acte d'administration émané du fonctionnaire".

Na Alemanha, Otto Mayer[70] define o ato administrativo como : "acte d'autorité émanant de l'administration, acte qui détermine, vis-à-vis du sujet, ce qui, pour lui, doit être de droit dans le cas individuel". De outro lado, Harmut Maurer[71] assinala que: "El acto administrativo pertenece al derecho administrativo material porque establece de forma vinculante, mediante la ejecución y la adaptación al caso concreto de las normas generales y abstractas, la situación jurídica en un supuesto determinado".

Na espanha, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández[72] compreendem que: "acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria". Por sua vez, Fernando Garrido Falla[73], o qual concebe que sua definição coincide com a de Zanobini, define ato administrativo como: "cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa".

Na Argentina, Rafael Bielsa[74] define o ato administrativo: "como decisión, general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus proprias funciones sobre derecho, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos". De outro lado, Roberto Dromi[75] apresenta o ato administrativo como: "toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales em forma directa". Por sua vez, Juan Carlos Cassagne[76] atribui ao ato administrativo a seguinte definição: "toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función

---

[69] LÉON, Béquet. **Répertoire du droit administratif - Tome premier**, Paris: Paul Dupont, 1882. p. 6.
[70] MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand - Tome Premier - Parte Générale**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. p. 120.
[71] MAURER, Harmut. **Derecho administrativo alemán**, México: Universidad Nacional Autónoma, 2012. p. 211.
[72] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 550.
[73] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, 12. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 414.
[74] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 18.
[75] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 143.
[76] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 47.

materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto".

De fato, como visto, a literatura nacional ou comparada sobre o conceito de ato administrativo é farta e divergente em certos pontos, notadamente nos aspectos da concretude e unilateralidade do ato administrativo como elementos de sua definição. Todavia, como adverte Neil Duxbury[77], a ausência de consenso científico sobre uma definição não deve ser obstáculo para se tentar buscar identificar um conceito. Assim, a despeito de todo o já escrito, há de se esclarecer na pesquisa qual o conceito a ser adotado, com vistas especialmente a clarificar o discurso científico que se seguirá.

O primeiro ponto de partida, consoante esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello[78], é que, ao menos no Brasil, não existe definição legal de ato administrativo, de modo que nenhum autor pode reivindicar para si a ideia de uma noção única de ato administrativo.[79]

Acrescenta o autor que o relevante em tais hipóteses é "esclarecer preliminarmente de que objeto está tratando, deixando qual o campo da realidade que vai ser cogitado, no que esclarecerá o interlocutor a respeito daquilo sobre que versará o discurso científico".[80] De fato, outra não parece ser a conclusão de Adolfo Gelsi Bidart[81], ao assinalar que o conceito, ao fim e ao cabo, é um instrumento de comunicação utilizado na ciência.

O conceito jurídico constitui simplificação de um objeto por aspectos que lhe sejam comuns.[82] Nas palavras de Maurício Zockun[83]: "O conceito designa (espelha) algo, designação esta que é seu conteúdo (do conceito)".

---

[77] DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 78.
[78] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características. **Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 2, p. 671–695, nov./2012. p. 671.
[79] Daí o porquê de Agustín Gordillo aludir que: "La búsqueda de una sistematización adecuada del total de actividades regidas por el derecho administrativo se torna fundamental en esta materia, porque no existe ningún marco legal de referencia que permita utilizar clasificaciones o definiciones preestablecidas" (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto Administrativo**, 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. I–2).
[80] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características, cit., p. 671.
[81] BIDART, Adolfo Gelsi. El concepto de estructura y el proceso. **Revista de Processo**, v. 20, p. 154-178, out-dez, 1980. p. 1 (versão digital).
[82] ZOCKUN, Maurício. Atributos e extinção dos atos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, n. 37, jan-março, 2014. p. VII–3.
[83] *Ibid*.

A princípio, todo conceito jurídico deve se alicerçar na realidade jurídico-positiva.[84] Daí o porquê de se afirmar que um conceito jurídico é cientificamente incorreto se contrariar o Direito positivo vigente.[85] Nada impede, sem embargo, que diferentes conceitos elaborados não contrariem o Direito positivo vigente, caso em que há necessidade de se buscar outro critério de diferenciação.[86]

Tal critério de diferenciação pode ser identificado nas obras de Genaro Carrió[87] e de Agustín Gordillo[88], em que os autores consideram que os conceitos jurídicos são úteis ou inúteis, de modo que suas vantagens ou desvantagens se orientam conforme o interesse que as guiam e a sua possibilidade de apresentar um campo de conhecimento de maneira mais facilmente compreensível.

Tratando-se de um trabalho que objetiva investigar aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil, importa à pesquisa, de um lado, destacar determinadas tomadas de decisão que são produzidas pela administração pública sob a função administrativa, com regime jurídico de Direito Público e que, ao fim e ao cabo, podem se submeter ao controle do Poder Judiciário em um processo judicial; de outro lado, examinar atos que são expedidos a partir de um contexto no qual seja relevante a presença do Direito Probatório.

De fato, infere-se que o ato administrativo está ligado a uma tomada de decisão pela administração pública.[89] É claro que não é qualquer decisão tomada pela administração, pois, um médico, que seja agente público, também toma uma porção relevante de decisões enquanto, por exemplo, opera um paciente em um hospital público. Trata-se de uma tomada de decisão que tem por finalidade produzir efeitos jurídicos em direitos, deveres ou interesses da própria administração ou dos administrados.[90]

---

[84] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Atos administrativos**, São Paulo: Saraiva, 1980. p. 25.
[85] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 84.
[86] *Ibid*., p. 84 e 85.
[87] CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**, 3. ed. Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 1986. p. 99.
[88] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo I: Parte General**, 11. ed. Buenos Aires: FDA, 2013. p. I–24.
[89] Nesse sentido: HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif, contenant le droit public e le droit administratif**, cit., p. 185; BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 17.
[90] Nesse sentido: HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif, contenant le droit public e le droit administratif**, cit., p. 187; BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 18; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 475.

De outro lado, no campo da relevância do ato administrativo para o Direito Probatório, embora seja de modo geral controversa uma cisão entre fato e o Direito[91], uma grande porção dos estudos que se originam no Direito Probatório parte da divisão das questões de fato e das questões de direito no processo.[92]

A divisão para fins processuais entre as questões fáticas e as questões de direito é, na visão de Castanheira Neves[93], uma das possíveis formas de se encarar o problema da divisão dos fatos e do Direito na ciência jurídica. Acresce o autor que a doutrina processual acaba por distinguir as questões fáticas e questões de direito por razões pragmáticas: trabalhar no processo certas questões que se originam de um concreto problema jurídico e que demandam disciplina específica.[94] É o caso mesmo, por exemplo, dos recursos extraordinário e especial, em que há óbices para o reexame de questões fáticas por meio de tais medidas, consoante inclusive os enunciados n° 279 e n° 7 das súmulas do STF e do STJ, respectivamente.[95]

Deveras, todo caso concreto discutido no processo judicial invoca a exigência de análise de dados factuais relevantes que compõem uma hipótese fática para a produção

---

[91] Sublinham Ronald J. Allen e Michael S. Pardo que tamanho é o grau da divergência sobre a distinção em tela nos Estados Unidos que a Corte Suprema chegou ao ponto de encarar a distinção como "elusiva", "escorregadia" e de "natureza irritante" (ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of the Law-Fact Distinction, cit., p. 1769). Também destaca Frederick Schauer sobre a controvérsia em tela que "The distinction between questions of law and questions of fact is not without difficulty. A controversy about how to explain the difference between law and fact has generated a substantial body of commentary, even including the view that the distinction is entirely illusory" (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**, Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 204).

[92] Como aponta Salvatore Patti, não se trata de distinção recente e remonta a pelo menos o próprio Direito Romano. Nesse sentido: "Nell'antico processo, dominato dalla prova irrazionale, si identificavano prova e decisione, in quanto, ad esempio, il giuramento, con cui frequentemente si concludevano le liti, poneva fine ad ogni contestazione, assumendo funzione decisoria. La separazione tra decisione e prova si realizza quando il magistrato non ricorre più all'ausilio della divinità ma giudica il caso concreto rifacendosi ai precedenti e creando un sistema di relazioni logiche tra i vari giudizi. Mediante la verifica di identità tra gli elementi tipici del precedente e del nuovo caso, la giurisprudenza estrae dalla massa delle precedenti regole astratte e generale, cioè norme. Si compie in tal modo la distinzione tra diritto e fatto, tra prova del diritto e prova del fatto" (PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale - Collana Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti**, 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2021. p. 69).

[93] CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta - escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros - Volume 1°**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 514.

[94] *Ibid*., p. 510. Deveras, como ainda esclarece Teresa Arruda Alvim sobre a classificação de questões de direito e de fato: "*Rigorosamente*, de fato, embora seja impossível fazer essa distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno *direito* ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico, ela se impõe, tecnicamente" (ARRUDA ALVIM, Teresa. Questão de fato, questão de direito nos recursos para Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, v. 332, p. 329–360, out./2022. p. 5-versão digital).

[95] Sobre o tema, e de modo aprofundado, vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 357 e ss.

de efeitos jurídicos objetivados no processo.[96] Em outras palavras, a instrução a princípio se volta a demonstrar que os fatos debatidos correspondem ou não ao abstratamente previsto no ordenamento para a produção de certos efeitos jurídicos perseguidos no processo.[97]

Surge a partir daí a divisão entre as questões de fato e questões de direito para fins processuais: cuida a primeira das questões objeto da prova, relativas à existência ou não de um suporte fático previsto em uma determinada hipótese de incidência, ao passo que a segunda diz respeito à delimitação da própria hipótese de incidência e dos efeitos jurídicos que dela decorre.[98]

Qual a relevância da divisão de questões de fato e questões de direito para o conceito de ato administrativo a ser adotado no estudo? Observe que, constituindo um trabalho que objetiva investigar aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil, importa à pesquisa, em um primeiro momento, destacar determinados atos administrativos expedidos a partir de acontecimentos da realidade previstos abstratamente em outra norma, acontecimentos estes que, eventualmente, serão considerados questões de fato no processo e objeto de prova. Trata-se, assim, do que a doutrina administrativista convém denominar de atos administrativos *concretos*.[99]

De outro lado, se a divisão das questões fáticas e questões de direito é essencial para o estudo do Direito Probatório e para a resolução dos casos concretos deduzidos no Poder Judiciário, há de se reconhecer que o fenômeno probatório no processo parece ir além dessa classificação.

De fato, não é lição nova a de que o Direito não pode se isolar do ambiente fático em que vigora.[100] Afirma nesse sentido Carlos Maximiliano[101]: "as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda evolução jurídica".

---

[96] CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta - escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros - Volume 1°**, cit., p. 510.
[97] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981. p. 159.
[98] Em sentido semelhante: FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 49 e ss; ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 159; FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.
[99] Conforme a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, atos administrativos concretos são aqueles: "que dispõem para um único e específico caso, esgotando-se nesta última aplicação. Exemplo: a exoneração de um funcionário" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 427).
[100] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129.
[101] *Ibid*., p. 131.

No entanto, o que se pretende ressaltar é: à medida que os fatos influenciam a interpretação e a aplicação do Direito, surge também a importância da prova destes fatos na aplicação e interpretação do próprio Direito.

O tema em tela foi aprofundado notadamente na doutrina de Direito Constitucional[102], em especial na seara do controle de constitucionalidade de natureza abstrata, que tradicionalmente sempre foi, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni[103]: "(...) arredio aos fatos".

Sobre os fatos e o controle de constitucionalidade de natureza abstrata, explicam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco[104] que: "não há como negar 'a comunicação entre norma e fato' que constitui condição da própria interpretação constitucional".

Daí o porquê de parcela relevante da doutrina de Direito Constitucional concluir que a interpretação constitucional é, entre outros aspectos, também dependente da realidade, a exigir por vezes a produção de provas.[105]

Inclusive, reconhecendo a importância dos fatos e da prova no próprio controle abstrato de constitucionalidade, o art. 9°, §1°, da Lei Federal n° 9.868/1999, permite ao relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ao tratar de requisição de informações, designação de peritos ou, ainda, depoimentos de pessoas com experiência na matéria discutida, não há dúvidas que traz a

---

[102] Nas palavras de David Faigman, importante autor daquilo que se convencionou denominar de *scientific realism in constitutional law*, assim esclarece: "all constitutional scholars agree that the text of the Constitution furnishes the starting point for constitutional interpretation; and most scholar agree that the text alone is rarely enough. The Constitution's many broad prescriptions must be interpreted in accordance with various guides. Constitutional theorists typically posit four sources which, together with the text, contribute to 'proper' understanding of the Constitution: original intent (history), constitutional scholarship, precedent, and contemporary values. These sources provide the authority that guides and restrains constitutional interpretation. Although unrecognized as such, constitutional fact-finding comprises another, and equally important, source of authority. Constitutional fact-finding has always been an essential part of the interpretive calculus" (FAIGMAN, David L. Normative Constitucional Fact-Finding. **Univertisy of Pennsylvania**, v. 139, No. 3, p. 541–613, 1991. p. 543 e 544).

[103] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**, 1 ed em e-book baseada na 1. ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 15.1.

[104] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1251 e 1252.

[105] Nesse sentido: FAIGMAN, David L. Normative Constitucional Fact-Finding, cit., p. 564 e 565; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**, cit., p. 15.1 e 15.2.

lei em comento ao controle de constitucionalidade, em que pese abstrato, o Direito Probatório.

Demais disso, consagra o art. 7°, §2°, da Lei Federal n° 9.868/1999, a figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade de natureza abstrata, ao estabelecer a permissão do relator de, a partir da relevância da matéria examinada e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Nesse ponto, não se pode olvidar a lição de Cassio Scarpinella Bueno[106], no sentido de que a admissão do *amicus curiae* no processo, no fundo, pode ser compreendida como um caso de "prova atípica" ou "prova-sujeito".

O que se percebe, das lições do Direito Constitucional, é que o fenômeno fático, e por conseguinte, probatório, vai além da divisão entre questões de fato e questões de direito.

Por exemplo, no âmbito do Direito Administrativo, embora polêmico, o art. 20 da LINDB, incluído pela Lei Federal n° 13.655/2018, enaltece, ao tratar das "consequências práticas da decisão", a importância dos fatos na interpretação e aplicação no Direito. Deste modo, nada impede que se produzam provas para melhor aplicação do dispositivo em tela.

Nessas circunstâncias, em que o fenômeno fático extrapola a simples divisão de questões de fato e questões de direito, o que se observa é que pouco importa a necessidade de que o ato administrativo seja concreto ou abstrato, tampouco que a prova se destine a verificar fatos que compõem uma dada hipótese de incidência, já que o fenômeno fático e, por conseguinte, o tema da prova, se insere nas mais variadas camadas do Direito.

Acolhe-se por tais motivos a definição ampla de ato administrativo, a englobar tantos os atos concretos, como abstratos, proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello[107], com alguns apontamentos finais de Ricardo Marcondes Martins[108], no sentido de que o ato administrativo é a declaração da administração pública, no exercício de

---

[106] BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro - um terceiro enigmático**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

[107] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 389 e 390.

[108] Celso Antônio Bandeira de Mello parte da definição de que o ato administrativo é a "declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes". No entanto, como pondera Ricardo Marcondes Martins, mais apropriado se referir a "declaração da administração pública", pois nem toda declaração estatal configura ato administrativo, o que se acolhe no presente trabalho (MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 90).

prerrogativas públicas, manifestada mediante providência jurídicas complementares da Constituição, da lei ou de outros atos normativos, a título de lhes dar cumprimento, e sujeitas a controle pelo órgão jurisdicional.[109]

A adoção de um conceito amplo de ato administrativo, no fundo, é uma definição que se entende não violar o ordenamento, constituindo ainda uma "comodidade metodológica"[110] que se revela útil ao objetivo da pesquisa, que é justamente aprofundar aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil, os quais, ao fim e ao cabo, podem surgir tanto nos atos concretos quanto nos abstratos.

Na definição adotada, o ato administrativo é uma declaração jurídica que produz efeitos jurídicos[111]. Ou seja, os atos administrativos certificam, criam, extinguem, transferem, declaram ou modificam direitos ou obrigações.[112]

Excluem-se de sua definição, por conseguinte, as atividades puramente materiais da administração (atos materiais).[113] Como exemplo, tem-se uma cirurgia feita por médico, a qual, ao fim e ao cabo, é um fato administrativo que pode repercutir no Direito Administrativo, a exemplo da responsabilidade civil da administração pública por erro médico, mas que não se confunde com o ato administrativo.[114]

Também estão excluídos da definição apresentada os denominados *atos da administração* ou *atos de direito privado*, ou seja, aqueles atos praticados pela administração pública que são regidos pelo Direito Privado.[115]

---

[109] Sobre o aspecto do controle do ato administrativo pelo órgão jurisdicional, convém registrar importante trecho da obra de Gaston Jèze: "Une bonne organisation politique et administrative doit soumettre à un contrôle juridictionnel toutes les manifestations de volonté des gouvernants et des agents. Les administrés, les gouvernés devraient toujours avoir un recours qui leur permît de faire contrôler la régularité des actes des gouvernants et des agents par des autorités organisées juridictionnellement et statuant dans les formes juridictionnelles. Le contrôle juridictionnel est le seul qui présente des garanties sérieuses" (JÈZE, Gaston. **Cour de droit public: licence: Professé à la Faculté de Droit de Paris pendant le 2° Semestre 1923-1924**, Paris: Marcel Giard, 1924. p. 193).

[110] O termo é utilizado por Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari em situação análoga à proposta no presente estudo (FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 97).

[111] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 1.

[112] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 388.

[113] Nesse sentido: BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 17; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 551.

[114] Nesse sentido: DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 143; MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 86.

[115] Nesse sentido: ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 358; CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 79 e ss; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 388. Convém consignar que muito embora Maria Sylvia Zanella di Pietro use a expressão *atos da administração* como gênero de uma série de atos praticados pela administração, arrola como espécie os *atos de direito privado* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 199).

De fato, é antiga a lição de Otto Mayer[116] no sentido de que não é possível que, ao mesmo tempo, a administração pública se apresente às vezes sob a roupagem de uma pessoa jurídica regida por um regime de direito público e outras vezes como simples particular. Isso, no entanto, não impede que a administração pública pratique atos que em alguma medida sejam regidos pelo Direito Privado.[117]

Em que pese os aludidos atos também sejam regidos em alguma medida pelo Direito Público, notadamente no que diz respeito às suas condições de emanação, justifica-se a exclusão em razão do regime jurídico misto ou especial que os regem.[118]

1.1.3. Principal ponto de encontro entre o ato administrativo e o processo civil na seara probatória

Após o conceito de ato administrativo adotado, cumpre esclarecer o principal ponto de encontro entre o Direito Administrativo e o Direito Processual Civil no tema em questão.

Como visto acima, o fenômeno fático pode estar presente em uma série de pontos do ato administrativo. A despeito disso, não se pode perder de vista que, em casos concretos deduzidos no judiciário, e como há muito já assinala Jeremy Bentham[119], para ter certeza de que está atuando em conformidade com o ordenamento, o juiz deve considerar duas questões para a tomada de decisão: uma questão de fato e outra questão de direito.

No caso das questões de fato, não se pode olvidar que toda aplicação de uma norma supõe uma hipótese fática ou de incidência, o que leva à compreensão de que o

---

[116] Nas palavras de Otto Mayer: "Nos institutions juridiques sont nécessairement *de nature uniforme*; elles sont, ou bien de droit civil, ou bien de droit public. Il n'y a pas d'institutions mixtes, parce qu'il n'est pas possible que cette mème personne, l'Etat, se presente à la foi comme puissance supérieure et comme simple particulier" (MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand - Tome Premier - Parte Générale**, cit., p. 186).

[117] Nesse sentido: ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 358; CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 79 e ss; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 388.

[118] Nesse sentido: ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 358; CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 79 e ss; CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 79 e ss; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 387 e 388, nota de rodapé n° 12.

[119] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 9. Semelhante é também a conclusão de Enrico Tullio Liebman, *in verbis*: "O conhecimento do juiz tem necessariamente dois objetos diferentes: a verificação dos fatos e a aplicação do direito" (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil - Vol. I**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 216.).

conhecimento da ocorrência fática no processo aparece como fundamental para a aplicação de qualquer norma jurídica.[120]

Deste modo, em que pese a pesquisa adote um conceito amplo de ato administrativo, próprio à conclusão de que fenômenos probatórios extrapolam a divisão da questões fáticas e questões de direito, há de se reconhecer que os atos administrativos *concretos* invocam com mais frequência a aplicação do Direito Probatório, justamente porque se reportam a um evento que se passou na realidade e que justificou a produção de um ato pela administração pública.

Em outras palavras, nos casos dos atos administrativos concretos, o antecedente do ato se reporta a um evento ocorrido na realidade, e não a uma hipótese fática, motivo pelo qual surte efeitos no âmbito probatório do processo.[121]

Trata-se, como já visto no capítulo anterior, de compreender o ato administrativo dentro da classificação de questões de fato e questões de direito proposta pela doutrina de Direito Processual Civil.

Percebe-se, então, que o ponto de encontro entre os dois ramos em tela ocorre com mais frequência a partir do pressuposto de validade do ato denominado pela doutrina administrativista de *motivo de fato* do ato administrativo, isto é "o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato".[122] Em outras palavras, constituem as razões que dão lugar ao ato administrativo.[123]

Na esteira do que pondera Régis Fernandes Oliveira[124], o motivo de fato se localiza no mundo empírico, de tal modo que: "Está, portanto, fora do campo do direito. Mas, apenas para este vale quando recebe incidência normativa".

Ou seja, de um ponto de vista lógico, estabelecer qual a hipótese fática ou de incidência no processo antecede a verificação concreta dos fatos objetos do processo.[125]

---

[120] SILVA MELERO, Valentín. Norma y supuesto de hecho en relación con la decisión penal. **Revista de la Universidad de Oviedo**, v. 47–48, p. 17–76, 1947. p. 50.
[121] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 129.
[122] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 401. Ou ainda nas palavras de Henri Welter, constituem os motivos de: "les *faits déterminants* de la décision exécutoire". E acresce o mesmo autor: "une situation de fait préexistante à l'acte (...)" (WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 44 e 45).
[123] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 28.
[124] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73.
[125] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 73.

Afinal, a instrução não busca provar qualquer tipo de fato, mas apenas aqueles fatos que são relevantes para o Direito.[126]

Estabelecida a hipótese fática da norma da qual o ato administrativo se apoia, sob um ponto de vista da atividade instrutória, a questão que se coloca é: o motivo de fato elencado pela administração pública para a elaboração do ato administrativo se produziu ou não na realidade?

Note-se que do ponto de vista probatório, só haverá relevância para a instrução se os motivos de fato do ato alegados pela administração pública forem os corretos para a produção de um dado ato administrativo, haja vista que, caso a administração produza um ato administrativo a partir de fatos que não autorizam a prática do referido ato, o problema a ser tratado é uma questão de direito, regulada pela seara do Direito Administrativo.

Por exemplo, discutir no processo se uma agressão física de um agente ao outro é motivo suficiente para a demissão do agressor é debate que interessa diretamente ao Direito Administrativo. De outro lado, discutir no processo se a alegação fática de que um agente público agrediu outro se sucedeu ou não na realidade é discussão que interessa também ao Direito Probatório.

1.1.4. Limites de investigação

Dado os contornos acima apresentados sobre a prova cível e o ato administrativo, convém esclarecer quais são os limites de investigação propostos. Em primeiro lugar, consigna-se que se objetiva aprofundar o tema da prova cível do ato administrativo, de modo que estão excluídos outros aspectos processuais do ato administrativo que não aqueles relacionados com o Direito Probatório.

De outro lado, a pesquisa visa a investigar a prova do ato administrativo no processo civil, motivo pelo qual se excluí do escopo a investigação de aspectos probatórios do ato administrativo no processo trabalhista ou penal.

Em relação ao processo trabalhista, de fato, é muito comum que a Justiça do Trabalho, com fundamento no art. 114, inciso I, da CF, analise atos administrativos expedidos pela administração pública, haja vista ser plenamente possível que autarquias

---

[126] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 90.

ou fundações públicas, em que pese regidas pelo Direito Público, adotem o regime de servidor público de natureza celetista.[127]

Todavia, a pesquisa não se compromete a estudar a prova do ato administrativo no processo trabalhista, ainda que, ao fim e ao cabo, possam ser similares as conclusões entre o processo de natureza cível e o de natureza trabalhista no tema do ato administrativo e a prova.

De outro lado, esclarece-se ainda que a pesquisa, ao tratar de ato administrativo, tal como acima definido, não se restringe a tratar de atos expedidos pelo Poder Executivo. A administração pública e a função administrativa, como é cediço, não se restringe ao Poder Executivo[128], o que inclusive restou expressamente confirmado na redação adotada no art. 37, *caput,* da CF. Em outras palavras, a divisão de poderes não importa em uma divisão funcional do poder estatal.[129]

Sem embargo, ao se colocar como objetivo de estudo a prova do ato administrativo no processo civil, impõe-se a exclusão do presente estudo de aspectos probatórios de atos materiais do poder público, conquanto o regime de um e outro possa, ao fim e ao cabo, ser similar.

Conforme lição clássica de Gaston Jèze[130], os atos materiais são aqueles em que não há a princípio uma manifestação de vontade da administração para a produção de efeitos jurídicos. Esclarece ainda o mesmo autor que são alguns exemplos de atos materiais: o professor que explica uma aula aos alunos; o carteiro que distribui a correspondência; o funcionário que limpa as ruas.[131] Conclui o autor que eventualmente esses atos podem ter relevância jurídica para o Direito Administrativo, quando, por exemplo, um ato material praticado por um agente público causa danos ao administrado.[132]

---

[127] São exemplos: o HC-FMUSP (art. 17 da Lei Complementar Paulista n° 1.160/2011), o DETRAN-SP (art. 15, parágrafo único, da Lei Complementar Paulista n° 1.195/2013), a ARTESP (art. 30 da Lei Complementar Paulista n° 914/2002), a ARSESP (art. 49 da Lei Complementar Paulista n° 1.025/2007). A possibilidade de Autarquias adotarem o regime de servidor público celetista foi inclusive considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n° 5.615, sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes.

[128] Nesse sentido : VEDEL, Georges. **Droit Administratif**, Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 18; ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo - Volume Primo: principi generali**, 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947. p. 17 e 18.

[129] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal, *in*: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial - Coordenação de Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão**, Salvador: JusPodivm, 2007. p. 264.

[130] JÈZE, Gaston. **Los principios generales del Derecho Administrativo**, Madrid: Reus, 1928. p. 73.

[131] *Ibid*.

[132] *Ibid*.

Deste modo, não se pretende discutir no trabalho a prova de ato materiais, a exemplo da prova envolvendo a responsabilidade civil de um dado ente público por força de erro médico praticado por seu agente, já que o erro médico não constitui ato administrativo, mas sim decorre de ato material da administração.

Da definição adotada, também se exclui do escopo da pesquisa os *atos da administração* ou *atos privados*, uma vez que possuem regime jurídico específico, dada a incidência nesses atos também do regime jurídico de Direito Privado.[133]

1.2. Fontes da pesquisa e o método utilizado

Busca-se na presente seção esclarecer qual o dado que será pesquisado ao longo do trabalho, ou seja, as fontes das quais a pesquisa pretende extrair conhecimento, bem ainda o método que será utilizado para a partir dos dados se extrair conhecimento.

Isto posto, tal como em geral se sucede com grande parte das pesquisas jurídicas[134], o trabalho alicerçará majoritariamente o seu conhecimento a partir da legislação, doutrina e jurisprudência que sejam pertinentes ao tema.

De outro lado, convém consignar que a metodologia consiste no "estudo dos procedimentos que, concatenados entre si, destinam-se ao enfrentamento de determinado ramo do conhecimento".[135] Daí o porquê de se afirmar que a metodologia jurídica "é o estudo dos métodos de investigação do Direito visando à sua concepção, interpretação e aplicação".[136]

Toda ciência faz uso de diferentes métodos para alcançar seus resultados. A pergunta que em geral se faz é: quais são os métodos a que recorre o Direito? Conforme elucida Miguel Reale[137], o método no Direito, sob um aspecto geral, pode ser classificado em dedutivo, indutivo e analógico. No caso, a pesquisa adota predominantemente o método dedutivo, o que, de todo resto, é o método que em geral se adota nas demais pesquisas jurídicas.[138-139]

---

[133] Nesse sentido: CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 79 e ss; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 387 e 388, nota de rodapé n° 12.

[134] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 25.

[135] LISBOA, Marcelo Jucá. Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica. **RJLB**, v. 2, p. 849–909, 2016. p. 849.

[136] *Ibid*.

[137] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 148.

[138] Se diz "predominantemente" dedutivo pois, de fato, também o método indutivo pode ser útil nas pesquisas jurídicas. Nesse sentido, esclarece Miguel Reale: "No exame das condições em que o processo

Ao fim do tópico, convém ressaltar que a afirmação de que a pesquisa se vale predominantemente do método dedutivo não implica na conclusão de que o raciocínio ora empregado é sempre silogístico ou baseado em lógica formal.[140]

1.3. A pesquisa é predominantemente dogmática

Objetiva-se com a presente seção discutir sobre a possibilidade de conhecimento que a presente pesquisa pode trazer. Sob este aspecto, de modo geral, divide a doutrina as pesquisas jurídicas a partir dos enfoques dogmáticos e zetéticos.[141]

O enfoque dogmático, na esteira de Tercio Sampaio Ferraz Junior[142]: "revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões", ao passo que o enfoque zetético, na visão do mesmo autor: "desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida".

Em outras palavras, o enfoque zetético tem função especulativa explícita e são infinitas as questões nele produzidas, ao passo que o enfoque dogmático tem função diretiva explícita e as questões a partir dele produzidas são finitas.[143]

O presente trabalho é predominantemente dogmático, haja vista que tem função diretiva explícita e não pretende especular sobremaneira o objeto pesquisado. É dizer: não predominará no estudo uma função especulativa explícita.

Aduz Robert Alexy[144] que o enfoque dogmático pode ser divido ainda em três dimensões: (i) a dimensão analítica, que diz respeito "à dissecção sistemático-conceitual do direito vigente"; (ii) a dimensão empírica, compreendida em dois pontos de vista

---

normativo se desenvolve, é de grande alcance o método indutivo, que nos permite conceber certos esquemas genéricos de comportamentos possíveis, com auxílio dos quais a estimativa do fato humano pode expressar em normas jurídicas (...)" (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 148).

[139] Nas palavras de Miguel Reale: "O Direito é uma ciência que aplica de preferência o método dedutivo, enquanto tem por objeto normas que, apreciadas em sua estrutura, são *objetos ideais*, embora não possam ser consideradas meras entidades lógicas" (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 148).

[140] *Ibid*., p. 150.

[141] Em que pese a definição de dogmática jurídica a seguir exposta no trabalho, vale lembrar que se trata de termo com vários significados na literatura jurídica, como nos recorda Riccardo Guastini. Com efeito, o autor separa um primeiro sentido genérico, em que a dogmática jurídica "denota o estudo doutrinário do direito ou, caso se prefira dizer, a 'ciência jurídica'"; em segundo lugar, o autor traz um sentido menos genérico, em que a dogmática jurídica aparece como um método ou estilo doutrinário particular contraposto ao método exegético e ao método histórico; por fim, o autor apresenta um terceiro sentido, mais específico, em que a dogmática jurídica denota um subsetor da doutrina que elabora os denominados "dogmas jurídicos" (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas - Trad. de Edson Bini**, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 165).

[142] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 18 e 19.

[143] *Ibid*.

[144] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva**, cit., p. 33 e ss.

diferentes: de um lado, se refere à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica e, de outro lado, diz respeito à cognição do Direito positivo válido; (iii) por fim, a dimensão normativa, que é aquela que se volta ao estudo da práxis jurídica.

Busca-se no presente trabalho analisar a dimensão analítica, já que se examina conceitos elementares do Direito, a exemplo dos conceitos de ônus da prova, presunções, ato administrativo, processo administrativo etc. Examina-se igualmente a dimensão empírica, com enfoque no ponto de vista da cognição do Direito positivo válido brasileiro. Por fim, trabalha-se também com a dimensão normativa, já que se objetiva também no estudo tratar de aspectos que se voltam à crítica e à elucidação da prática jurídica.

Com isso não se quer afirmar que a pesquisa não tem elementos zetéticos. Em realidade, inexiste uma linha radical entre os enfoques zetético e o dogmático[145], de modo que poderão sempre ser encontrados elementos zetéticos ao longo da pesquisa, ainda que não sejam predominantes.

[145] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, cit., p. 18.

2. A IMPORTÂNCIA DA INTERRELAÇÃO ENTRE OS PLANOS MATERIAL E PROCESSUAL NO ESTUDO DA PROVA CÍVEL E DO ATO ADMINISTRATIVO

De maneira geral, a doutrina parte de uma dicotomia entre os planos material e processual: o primeiro cuida do conjunto de regras e princípios que disciplinam o convívio em sociedade, ao passo que o segundo cuida de organizar a realização do processo.[146] Em outras palavras, teoriza-se um plano voltado a regular o convício em sociedade (plano material) e outro plano regulado por normas cuja finalidade é garantir a aplicação da norma material (plano processual).[147]

A pergunta que se põe dentro deste contexto é: por qual motivo estudar a prova cível e o ato administrativo de modo conjugado? De fato, nada impede, como já feito com profundidade pela doutrina administrativista e processualista civil, tratar os temas do ato administrativo e da prova cível de maneira isolada.

Sem embargo, a separação de planos do Direito por vezes pode se dar de forma excessiva, a gerar distorções no entendimento que se propõe conferir a certos institutos jurídicos.[148] Como sublinha Enrico Tullio Liebman[149]: "O estudo do direito processual, especificamente o do processual civil, deve, por isso, ser levado a cabo sempre com viva atenção a suas ligações com o direito material, sem o quê se correria o risco de reduzi-lo a um pouco-interessante computar de formalidades".

---

[146] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - Volume I**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42.

[147] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 14. Vale esclarecer que a distinção entre a norma material e processual nem sempre é simples, como examina Vittorio Denti. Inclusive, pondera o autor que: "la conclusione cui vogliono pervenire queste rapide note è che la qualificazione como 'processuale' o 'sostanziale' di una data fattispecie non può essere univocamente ricondotta ad un astratto criterio sistematico, di immediata validità sul piano razionale, ma appare assai spesso il frutto di valutazioni compiute dalla giurisprudenza, in base a considerazioni di *policy* referite alle caratteristiche proprie dei vari ordinamenti, e con riguardo alle conseguenze che, nell'ambito degli ordinamento medesimi, possono scaturire dalla preferenza per l'una piuttosto che per l'altra qualificazione" (DENTI, Vittorio. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 22–23, año VIII, p. 251–262, ago./1975. p. 260).

[148] Como esclarece Piero Calamandrei: "il peccato piè grave della scienza processuale di quest'ultimo cinquantennio è stato secondo me proprio questo: (...) di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami col diritto sostanziale (...)" (CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. Collana La Memoria Del Diritto**, cit., p. 568). Semelhante entendimento é perfilhado por José Roberto Bedaque dos Santos, que assim sublinha: "o excessivo distanciamento entre direito e processo gera inúmeros problemas, cujas soluções dependem basicamente da relativização do binômio direito material-direito processual" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, cit., p. 19).

[149] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil - Vol. I**, cit., p. 58.

De fato, atualmente está bem consolidada na doutrina a aproximação entre os planos e a conclusão de que o processo tem por finalidade efetivar o direito material, não constituindo, portanto, fim em si mesmo.[150]

Todavia, para além de o processo ser influenciado pelo plano material, reconhece-se também que o plano processual pode influenciar o material. Como pondera Andrea Proto Pisani[151], há necessária interdependência entre os planos material e o processual. Essa interrelação, na terminologia utilizada por Cândido Rangel Dinamarco[152], é representada por "faixas de estrangulamento" ou "momentos de intersecção" entre os diferentes planos.

Cuida-se de intersecção da qual não se sobressai um plano sobre o outro.[153] Trata-se, ainda, de uma intersecção em que os planos mutuamente se influenciam, revelando verdadeiro círculo de relações, como há muito aponta Francesco Carnelutti[154].

Em esteira semelhante conclui Cassio Scarpinella Bueno[155], ao assinalar em sua obra que as dificuldades, vicissitudes e valores que habitam o plano material são

---

[150] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, cit., p. 14. Por exemplo, há muito afirmava Giuseppe Chiovenda que: "Para la consecución o para el mejor goce de un bien garantizado por la ley necesitase la actuación de esta mediante los órganos del Estado, esto da lugar a un proceso civil" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo I**, Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1922. p. 81). Ou ainda na dicção de Hernando Devis Echandia: "Las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales. Y normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho. Sin embargo, no todas las normas instrumentales son procesales, pues las hay también en el derecho material" (ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, Madrid: Aguilar, 1966. p. 5). Já Álvaro Pérez Ragone acentua que: "el derecho debe proyectarse sobre la realidad de los casos concretos y, por esa razón, no se admite – ni se desea – que el ámbito de los derechos que se invocan y hacen valer estén desconectados de los mecanismos idóneos para hacerlos cumplir, a través de sus procedimientos" (RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. **Revista Derecho del Estado**, n. 41, p. 255–283, julio-diciembre, 2018. p. 277).

[151] PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, cit., p. 4 e ss.

[152] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 45 a 48.

[153] Como anota Hernando Devis Echandia sobre o tema: "(...) no es cierto que la importancia de unas normas sea superior a la de las otras, ni que su naturaliza las señale como principales y secundarias o accesorias; y ni siquiera lo es que el proceso sea un derecho que dependa para existir del derecho substantivo o privado que defiende o realiza" (ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, Madrid: Aguilar, 1966. p. 4).

[154] Conforme assinala o autor: "el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca". E continua o autor italiano, no sentido de que: "Así se resuelven em un círculo las relaciones entre derecho y proceso; el proceso sirve al derecho, para su constitución o para su integración; el derecho sirve al proceso garantizando el desenvolvimiento de él" (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol I - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, cit., p. 51 e 289).

[155] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil**, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 46.

transportados para o plano processual, o que faz com que esses dois planos se comuniquem e alimentem-se recíproca e necessariamente.

É o que também ensina Hermes Zaneti Jr.[156], a partir da "teoria circular dos planos", por meio da qual se extrai a conclusão de que: "entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele". E complementa o mesmo autor, no sentido de que: "trata-se, portanto, de enfrentar a relação entre os planos do Direitos, na perspectiva da sua interdependência e complementaridade".

Deste modo, a pesquisa toma como base a premissa de que uma abordagem de determinado recorte do Direito, à luz da interrelação dos planos material e processual, notadamente os planos do Direito Administrativo e Direito Processual Civil, pode gerar resultados relevantes.[157] Em outras palavras, entende-se que pode haver relevante ganho ao se conjugar o ato administrativo e a prova cível, a partir de uma visão global do problema.

No caso específico da prova cível e do ato administrativo, se observa relação mais ainda acentuada entre os planos material e processual que justificam a necessidade de aprofundar os temas de modo interligados. De um lado, porque o ato administrativo possui intrínseca relação com a Teoria Geral do Processo, já que: (i) confere em geral aplicação a normas criadas pelo Poder Legislativo, segundo um processo legislativo; (ii) é formado com frequência a partir de um processo administrativo; (iii) se concatena com outros atos administrativos para formar um processo administrativo; (iv) é fiscalizado e inclusive pode ser anulado, a partir de outros processos administrativos; (v) por fim, dada a inafastabilidade da jurisdição, pode ser plenamente questionado em um processo judicial.[158]

---

[156] ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (Direito material e Direito Processual), *in*: **Leituras complementares do processo civil. Fredie Didier Jr (Org.)**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 404.

[157] Não se olvide ainda, dentro desse contexto, a lição de Moacyr Amaral Santos, no sentido de que "estreitas as relações do direito processual civil com o direito administrativo (...) (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil - Vol. 1**, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42). Outra não foi a lição de Guido Zanobini, que conclui, sobre o Direito Administrativo e o Direito Processual, seja de natureza civil ou penal: "Numerose sono, però, le interferenze fra i due rami del diritto" (ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo - Volume Primo: principi generali**, cit., p. 27).

[158] Aliás, conclusão parecida – de que existe relação profunda entre o ato administrativo e processo - é a de Álvaro Pérez Ragone, quando acentua que: "Desde el congreso, al elaborar una ley, hasta el ejecutivo, al administrar, aplican procedimientos" (RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal, cit., p. 277).

De outro lado, pode também haver relevante ganho ao se conjugar o ato administrativo e a prova cível em razão do fato de a prova, como esclarece Cândido Rangel Dinamarco[159], constituir instituto que recebe tanto do plano processual, como do plano material, parte de sua disciplina. Acresce ainda o autor que a prova constitui instituto "bifrontre", na medida em que que só no processo aparece explicitamente a partir dos casos concretos "(...) mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo plano material e (...) de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida".[160]

Semelhante é também o entendimento adotado por Moacyr Amaral Santos[161], segundo o qual a prova se situa em "zona fronteiriça entre a norma material e a processual".

Igualmente Cássio Benvenutti de Castro[162] conclui em sua obra que há especial encontro entre os planos material e processual na seara das provas, na medida em que as narrativas processuais trazem fatos protegidos por normas jurídicas, a partir das quais deve a instrução probatória atender às necessidades do plano material.

Note-se, como há muito tempo esclarece Themístocles Brandão Cavalcanti[163], que a preocupação em definir o ato administrativo sempre foi reconhecer que constituem atos com características peculiares. Ou seja, a razão de ser da construção do ato administrativo é diferenciar atos praticadas pela administração pública sob um regime diferente daqueles atos praticados exclusivamente sob a tutela do Direito Privado.[164]

Em outras palavras, o plano material que regula o ato administrativo possui suas especificidades, daí o porquê de se verificar como o tema da prova cível – o qual, como visto acima, é influenciado pelo plano material-, se comporta nesse específico ato.

Com isso tudo não se pretende afirmar que inexistem planos diferentes ou ainda que o Direito Processual Civil não constitui ramo autônomo, lição essa há muito já

---

[159] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 46.
[160] *Ibid*.
[161] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 49 e 50.
[162] CASTRO, Cássio Benvenutti. **Direito probatório: o pêndulo entre a verdade e a prova**, Curitiba: Juruá, 2018. p. 55.
[163] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria Dos Atos Administrativos**, cit., p. 35.
[164] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 46.

superada.[165] Até porque, é cediço que nem sempre a solução final do processo caminhará lado a lado com o plano material.[166]

Sobre o ponto, a lição de Moacyr Amaral Santos[167] é clara: "(...) entre o direito formal e o direito substancial há acentuada distinção. Não há dúvida, um e outro se aliam e se penetram. Nem por isso deixam de ser distintos". E acresce o mesmo autor: "(...) o direito substantivo e adjetivo se penetram e se completam, de tal maneira que, conquanto distinto um do outro, não se sabe às vezes onde aquêle termina e este começa".[168]

Deve, assim, ser diferenciada a situação de autonomia de um ramo, hoje plenamente reconhecida em relação ao Direito Processual Civil, com a situação de completa indiferença, ou seja, o fato deste ramo da ciência jurídica ser autônomo não implica afirmar que ele é indiferente ao plano material.[169]

Em suma, reconhece-se a importância em se aprofundar a interrelação entre os planos material e processual. Reconhece-se, ainda, que a própria prova é tema com profunda relação com o plano material, o qual, no caso do ato administrativo, possui suas especificidades, daí a relevância do estudo conjugado dos temas.

---

[165] É o que nos recorda Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que desde o século XIX começou a ruir a ideia da confusão entre os planos substancial e processual (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 18).
[166] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, cit., p. 16.
[167] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 47.
[168] *Ibid*., p. 49.
[169] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

3. A PROVA E A TRADIÇÃO RACIONALISTA

Volta-se o estudo na presente seção a esclarecer o discurso sobre a prova que será adotado ao longo da pesquisa. Cuida-se de relevante etapa para alicerçar o aprofundamento da prova cível e o ato administrativo, uma vez que a adoção de um ou outro discurso sobre a prova pode influenciar escolhas teóricas que serão feitas ao longo do trabalho.

Vários são os diferentes discursos existentes sobre a prova no processo. De fato, há muito tempo vem a doutrina debatendo e elaborando diferentes abordagens sobre o Direito Probatório que, ao fim e ao cabo, se circunscrevem inicialmente ao problema da verdade e a prova no processo.[170]

Sem embargo, há algum tempo tem se destacado a tradição racionalista da prova, corrente esta utilizada no trabalho, a qual, no fundo, constitui um conjunto de características e correntes adotados por vários autores que revela uma determinada forma de abordar o discurso da prova no processo.

O termo foi utilizado por William Twining[171], que apresentou as seguintes características adotadas pela aludida corrente: (i) a epistemologia é relevante para a investigação de informações no processo; (ii) a epistemologia é cognitiva e não cética; (iii) adota-se em geral uma teoria correspondentista da verdade; (iv) a decisão sobre os fatos a ser tomada deve ser racional e justificada; (v) a busca pela verdade é um meio para alcançar justiça, em que pese o ordenamento possa tutelar outros valores.[172]

A partir dos pontos acima destacados, passa-se a seguir a aprofundar o tema.

---

[170] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba, *in*: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial - Coordenação de Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão**, Salvador: Juspodivm, 2007. p. 737.

[171] TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms, cit., p. 139.

[172] De todo modo, vale ressaltar que longe está de ser uma tradição que começa recentemente. Ao contrário, como pondera Vittorio Denti, ao tratar da maior ou menor inquisitoriedade do proceso ao longo do tempo em países de *civil law*: "En el plano teorético (o gnoseológico) la consecuencia más saliente del *scientisme* ochocentista fue el predominio de la 'concepción técnica del acertamiento del hecho', conexa con el convencimiento de que las afirmaciones de las parte de los hechos del pleito puedan ser verificadas mediante el cotejo con la verdad real, perceptible a través del empleo de medio técnicos, racionalizados y objetivos en la mayor medida posible" (DENTI, Vittorio. Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 6, p. 543–583, 1969. p. 552).

3.1. Finalidade da prova e a importância da verdade no Direito

Dentro do tópico em que se esclarece o discurso da prova adotado, o primeiro tema a ser discutido diz respeito à finalidade da prova no processo. Em suma, destaca Hernando Devis Echandia[173] que três são as correntes que costumam prevalecer no debate.[174]

A primeira corrente é aquela que considera como objetivo da prova a formação do convencimento do juiz. Sob a corrente em tela, parte-se do pressuposto que a verdade é uma noção ontológica e objetiva que corresponde ao ser mesmo da coisa ou do fato e que, portanto, exige uma identidade da coisa ou do fato com o conhecimento que dele se tem, o que pode ocorrer algumas vezes, mas não sempre.[175]

A isso, soma-se o fato de que o processo, diversamente do que ocorre com as ciências e as provas puramente lógicas ou cientificas, tem importante limite de necessidade social: deve ter um término em tempo razoável.[176]

Daí o porque de se afirmar, na esteira de Juan Montero Aroca[177]: "relativizada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva, la convicción del juez".

O posicionamento é adotado amplamente por uma série de autores, inclusive no Brasil, com alguma ou outra variação no sentido de que a finalidade da prova, para além de ter o objetivo de convencer o juiz, igualmente almeja convencer as partes, como se observa em Lessona[178], Chiovenda[179], Amaral Santos[180], Guasp[181], Frederico

---

[173] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 239.
[174] Sem prejuízo, é claro, de outras correntes sobre a finalidade da prova que, embora não aprofundadas por Hernando Devis Echandia e também aqui no estudo, possam surgir no debate. É o caso mesmo da corrente defendida por Henri Lévy-Bruhl, segundo o qual, a partir de um olhar sociológico do Direito, conclui que a finalidade da prova é obter a ratificação, aderência ou homologação da coletividade para o pronunciamento jurisdicional (LÉVY-BRUHL, Henri. **La preuve judiciaire - etude de sociologie juridique**, Paris: Libraire Marcel Rivière et Cie, 1964. p. 29).
[175] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 242.
[176] CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1925. p. 281.
[177] AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, 3. ed. Madrid: Civitas, 2005. p. 46 e 47.
[178] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, Madrid: Hijos de Reus, 1906. p. 46.
[179] CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 281.
[180] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 15.
[181] GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. **Revista de la Universidad de Oviedo**, p. 21–82, 1945. p. 25 e 26.

Marques[182], Aroca[183], Couture[184], Sabaté[185], Echandia[186], Pontes de Miranda[187], Lopes[188], Câmara[189], Pacífico[190], Arazi[191], Theodoro Junior[192], Carreira Alvim[193], Midón e Midón[194], Martins[195] e Didier *et al*[196].

Em segundo lugar, tem-se a corrente que concebe a prova com a finalidade para fixar formalmente os fatos no processo. Constitui corrente atualmente menos adotada pela doutrina, tendo em vista, como pondera Hernando Devis Echandia[197], remeter à ideia de prova tarifada, sistema este não adotado de maneira geral na grande parte dos ordenamentos.

Sem embargo, parece Francesco Carnelutti[198] adotar tal corrente, quando assim coloca em sua obra: "Probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados".

Por último, aborda-se a corrente que afirma que a finalidade da prova é buscar a verdade. Trata-se da corrente adotada no estudo[199] e que também é defendida por

---

[182] MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil - Vol II : processo de conhecimento**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 179.
[183] AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 42.
[184] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, Buenos Aires: Ediar, 1948. p. 282.
[185] SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, Barcelona: Editoral Praxis, 1967. p. 60 e 61.
[186] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 250 e ss.
[187] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 257.
[188] LOPES, João Batista. Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova. **Revista de Processo**, v. 309, p. 93–105, nov./2020. p. 93.
[189] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 380.
[190] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.
[191] ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998. p. 31.
[192] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 531.
[193] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**, 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 280.
[194] MIDÓN, Gladis E. de; MIDÓN, Marcelo S. **Manual de derecho procesal civil**, 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014. p. 290.
[195] MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria Geral do Processo**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 109.
[196] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, 12. ed. Salvador: Editora Jus. Podivm, 2016. p. 60 e 61.
[197] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 248.
[198] CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**, 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 43.
[199] Já tivemos a oportunidade de defender a mesma corrente em FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 3, p. 452–478, setembro-dezembro, 2022. p. 464 e ss.

Bonnier[200], Taruffo[201], Bentham[202], Twining[203], Thayer[204], Chiarloni[205], Dellepiane[206], Glassford[207], Ferrer-Beltrán[208], Comoglio[209], Tuzet[210], Barbosa Moreira[211], Greco[212], Vázquez Rojas[213], Ferreira[214], Ramos[215], Sousa[216], Nieva-Fenoll[217] e Carpes[218].

Com a corrente em tela, parte-se da premissa de que a verdade das questões fáticas objeto do processo é relevante e importa para um julgamento justo, no sentido de ser factualmente correto. Afinal, a verdade é um objetivo de qualquer investigação ou questionamento, seja ele processual ou não.[219] A verdade é, portanto, um valor primário que deve ser buscado na instrução.[220]

---

[200] BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo I**, Mexico: Biblioteca de jurisprudencia, 1874. p. 4.
[201] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 87.
[202] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 31 e ss.
[203] TWINING, William. **Rethinking Evidence - Exploratory Essays**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 83.
[204] THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**, cit., p. 275.
[205] CHIARLONI, Sergio. La verdad tomada en serio. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n.2, p. 184–199, maio/agosto, 2018. p. 197.
[206] DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 29.
[207] GLASSFORD, James. **Los princípios de la prueba y su aplicacion a las pesquisas juridicas - traducido por D. Jose Maria Tenorio y Herrera**, Madrid: Imprenta de la Viuda de Jordan e Hijos, 1842. p. 139.
[208] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 72.
[209] COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**, Torino: UTET Giuridica, 2010. p. 21.
[210] TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 87.
[211] Embora o autor faça a seguinte ressalva: "Se parece imprópria enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em relação ao ato de julgar, ela desempenha papel instrumental: a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas consequências jurídica (...)" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 145).
[212] GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. IV e V, n° 4 e 5, p. 213–269, 2004/2003. p. 241.
[213] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 69. De todo modo, convém registrar que a autora deixa claro que a verdade é um objetivo da instrução provatória e não do processo judicial de modo geral.
[214] FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione, cit., p. 464.
[215] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 34.
[216] SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 22.
[217] NIEVA-FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**, Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 145 e ss.
[218] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87 e 88.
[219] Nesse sentido: LYNCH, Michael P. **Truth as one and many**, New York: Oxford University Press, 2009. p. 11 e 12; GLASSFORD, James. **Los princípios de la prueba y su aplicacion a las pesquisas juridicas - traducido por D. Jose Maria Tenorio y Herrera**, cit., p. 139.
[220] COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**, Torino: Giappichelli Editore, 2018. p. 119.

Tal como aponta Michele Taruffo[221], a verdade constitui relevante valor ético essencial para o funcionamento das relações sociais entre os indivíduos na sociedade. O mesmo autor, além disso, aponta que a verdade constitui relevante valor de natureza política, pois serve como elemento essencial de confiança entre o cidadão e o Estado.[222]

Demais disso, a verdade constitui elemento do qual o Direito não pode prescindir. Com efeito, o Direito objetiva ordenar condutas a partir de hipóteses fáticas, de modo que apenas se o processo cumprir sua função de determinar a verdade das proposições fáticas nele discutidas é que poderá o Direito ter sucesso como instrumento voltado a dirigir a conduta das pessoas.[223]

Daí o porquê de se afirmar que a verdade constitui no processo um "ideal regulativo".[224] Ou seja, um parâmetro externo de correção da tomada de decisão, no sentido de avaliar se o sistema probatório cumpre devidamente sua função, qual seja, verificar aquilo que realmente ocorreu na realidade para a tomada de uma decisão factualmente correta.[225]

Não se trata de sustentar uma relação conceitual entre a prova e a verdade, no sentido de que a verdade é condição necessária para que uma proposição ou enunciado fático se considere provado no processo.[226-227] A relação entre a prova e a verdade é teleológica, mas a prova de um enunciado, no fundo, se relaciona com os elementos probatórios que se tenha à disposição no processo.[228] Daí se afirmar que a atividade

---

[221] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 115 e ss.

[222] *Ibid*.

[223] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 45. Nessa mesma esteira, acresce Vitor de Paula Ramos que: "O direito, ademais, tem como das suas funções precípuas a ordenação de condutas. Isto é, prevê consequências jurídicas (como, por exemplo, sanções) para determinados atos, a fim de estimular alguns e proibir (ou coibir) outros. E as sanções, como é evidente, devem ser aplicadas somente a fatos que realmente ocorreram (...)" (RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 34).

[224] TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 83.

[225] Nesse sentido: CARRATTA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova: a proposito del libro di Aurelio Gentil. **Diritto e questini pubbliche**, v. 14, p. 169–208, 2014. p. 190 e 191; RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 46.

[226] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 69.

[227] Sem embargo, Antonio Dellepiane sustenta em sua obra uma profunda relação conceitual entre a prova e a verdade, consoante o seguinte trecho: "Método y verdad se correlacionan, dado que, el primero, no es otra cosa que el medio de encontrar la segunda. Prueba y verdad se hallan también correlacionadas a tal extremo que podría decirse que no hay verdad sin prueba, en cuanto la prueba es la piedra de toque, el medio de aquilatar, de admitir la evidencia incuestionable de la verdad, de *verificar* (*verum*) la verdad encontrada, de *cerciorarnos* (*certus*) de su exactitud, de su certeza legítima" (DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 37).

[228] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 69.

probatória tem sucesso se os enunciados fáticos, que se declaram provados, são verdadeiros.[229]

Em síntese, nas palavras de Jordi Ferrer-Beltrán[230]: "há uma relação teleológica entre prova e verdade, de modo que a verdade se configura como objetivo institucional a ser alcançado mediante a prova no processo judicial".

O ordenamento brasileiro não parece avesso ao raciocínio de conferir importância à verdade, muito pelo contrário. Exemplificativamente, tem-se as seguintes disposições normativas que acolhem a importância da verdade no ordenamento pátrio: (i) o dever de todos os sujeitos processuais expor os fatos em juízo conforme a verdade (art. 77, I, do CPC); (ii) é considerado ato de litigância de má-fé a alteração da verdade dos fatos (80, II, do CPC); (iii) constitui requisito da petição inicial a indicação das provas que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; (iv) aos magistrados foram conferidos amplos deveres-poderes instrutórios para determinar de ofício a produção de provas (art. 370 do CPC); (v) ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 378 do CPC).

Em arremate, adota-se no estudo a conclusão de que a finalidade da prova é buscar a verdade. Com isto, no entanto, surge a indagação sobre qual a teoria da verdade o estudo adota. É o que se passará a discorrer em seguida.

3.2. Teoria da natureza da verdade adotada

Se se estabelece que a finalidade da prova é buscar a verdade, surge o segundo problema dentro do tema, que diz respeito a estabelecer sobre o que se entende por verdade.

Não é tarefa fácil estabelecer uma definição de verdade, haja vista não ser possível acessar a verdade por uma via empírica, o que torna a discussão, no mais das vezes, puramente conceitual.[231]

Para além das muitas correntes sobre o tema, há em tal debate conceitual com frequência um problema de circularidade: o problema de saber se a definição de verdade é verdadeira.[232]

---

[229] *Ibid*., p. 72.
[230] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, Salvador: JusPodivm, 2022. p. 19.
[231] LYNCH, Michael P. **Truth as one and many**, cit., p. 3.
[232] O problema discutido é bem aprofundado na seguinte obra: GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 83.

Por conseguinte, foge do escopo aprofundar e definir o conceito de verdade. O que, no entanto, é possível se estabelecer, e inclusive tem grande utilidade para a pesquisa, é a natureza da verdade, isto é, o conceito relacional de verdade, em que a verdade é tratada como uma relação entre dois termos.[233]

Das muitas correntes existentes (verdade como consenso, utilidade, coerência etc.), adota-se no estudo a concepção correspondentista da verdade.[234] Não se trata de teoria nova ou pouca discutida, pois remonta a pelo menos Aristóteles[235], que há muito afirma: "falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é".

Em outras palavras, o que se propõe com a teoria da correspondência é que algo, um pensamento, um juízo ou uma proposição serão considerados verdadeiros quando corresponderem à realidade.[236] Ou seja, nas palavras de Eduardo Bonnier[237]: "descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras idead y los hechos de orden físico (...)".

Dizer, portanto, que se busca a verdade dentro dessa concepção é dizer que se busca, nas palavras de Vitor de Paula Ramos[238]: "obter conhecimento sobre o mundo 'lá fora'".

A teoria em tela é adotada no âmbito do Direito Probatório, entre outros autores, por Bonnier[239], Twining[240], Taruffo[241], Tuzet[242], Abellán[243], Dellepiane[244], Ferrajoli[245],

---

[233] TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, Coimbra: Almedina, 2016. p. 84.

[234] Já tivemos também a oportunidade de defender a teoria correspondentista da verdade em FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione, cit., p. 466.

[235] ARISTÓTELES. **Metafísica**, São Paulo: Loyola, 2002. p. 179.

[236] RUSSEL, Bertrand. Truth and Falsehood, *in*: **The Nature of Truth - Michael P. Lynch (org)**, Cambridge: MIT Press, 2001. p. 20. E acresce Mirjan R. Damaska que: "To establish the truth, sophisticated versions of the correspondence theory maintain, is to ascertain a 'match' between a cognizer's statement and phenomena that can be either intrinsic to nature or socially constructed, For example, days of the week are social artifacts unknow to nature, but this does not render meaningless the inquiry whether testimony that an event occurred on a particular day matches with reality" (DAMASKA, Mirjan R. Truth in Adjudication. **Hastings Law Journal**, v. 49, p. 289–308, 1997. p. 291).

[237] BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo I**, cit., p. 4.

[238] RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 76.

[239] BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo I**, cit., p. 4.

[240] TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms. **Journal of Law and Society**, v. 11, No. 02, p. 137–171, Summer/1984. p. 78.

[241] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 101.

Nieva-Fenoll[246], Ferrer-Beltrán[247], Ferreira[248], Goldman[249], Comoglio[250], Damaska[251], Ramos[252], Carpes[253], Greco[254], Sousa[255] e Porras.[256]

Há ainda aqueles autores que, sem expressamente dizer que adotam a verdade como correspondência, colocam a importância que a atividade instrutória tem para aproximar a solução do processo da realidade. É o caso, por exemplo, de Jaime Guasp[257], quando aduz que: "un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior (...)". Em sentido semelhante é a doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque[258]: "Enquanto a solução do problema permanecer nas mãos do Estado, este deve esgotar os meios possíveis para que a solução se aproxime da realidade". Também Gian Antonio Micheli[259] destaca sobre a finalidade da prova para buscar a verdade, assim entendida, nas palavras do autor: "(...) a mais vizinha possível daquela efetiva ou extraprocessual". Outra não é a lição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim[260]: "As provas produzidas devem ser suscetíveis de indicar, de modo mais aproximado possível da realidade, como os fatos ocorreram".

---

[242] TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 78.
[243] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 52.
[244] DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 32.
[245] FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**, México: Fontamara, 2008. p. 91 e 92.
[246] NIEVA-FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**, cit., p. 149.
[247] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 70.
[248] FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione, cit., p. 466.
[249] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 10.
[250] COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**, cit., p. 120.
[251] DAMASKA, Mirjan R. Truth in Adjudication, cit., p. 291.
[252] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 26.
[253] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 87.
[254] GRECO, Leonardo. O conceito de prova, cit., p. 241.
[255] SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 19.
[256] PORRAS, Luis Felipe Vivares. Sobre las medidas contraepistémicas en el proceso civil colombiano, *in*: **Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial (coordenadores: Michele Taruffo e Susan Haack)**, Melellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014. p. 227.
[257] GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, cit., p. 22.
[258] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 138.
[259] MICHELI, Gian Antonio. Teoria geral da prova. **Revista de Processo**, v. 3, p. 161-168, jul-set, 1976. p. 5-versão digital.
[260] MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 235 e 236.

Seja como for, a linha correspondentista apenas destaca que não é a linguagem, o consenso ou a vontade do indivíduo que estabelecem a verdade, sem prejuízo de se reconhecer que o pensamento é resultado de atividades mentais do ser humano.[261] O que se coloca em relevo é que existe um mundo externo e independente do indivíduo.[262]

Daí surgir, dentro desta concepção, importante distinção: não se confunde a verdade com os enunciados que dela se ocupam.[263] A verdade é uma só e não é determinada pelo pensamento que sobre ela se dedica.[264]

A distinção, que é de extrema relevância para o Direito Probatório, acaba por levar à conclusão de que é possível se conceber a existência de várias proposições verdadeiras, inclusive parcialmente verdadeiras ou verdadeiras apenas em algum determinado lugar, tempo ou contexto, mas a verdade é uma só, não se divide em partes e não é relativa.[265]

Ao fim e ao cabo, o que se nota é que o discurso sobre a prova, sob esta perspectiva, tem duas orientações: de um lado, uma orientação realista, que reconhece a existência de um mundo real que independe do ser humano; de outro lado, se reconhece a possibilidade de acessar este mundo por meio da prova.[266] É neste segundo ponto que surge a importância da epistemologia[267], a seguir tratada.

3.3. Epistemologia jurídica

Um dos assuntos que tem cada vez mais chamado a atenção dos doutrinadores, especialmente no campo probatório, é o tema da epistemologia jurídica.

---

[261] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 21.
[262] Nesse sentido: GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 21; SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 21. Como ainda esclarece Giovanni Tuzet: "Otra confusión que há evitarse es aquella entre *verdad* y conocimiento. Una cosa es la verdad, otra es el conocimiento que de ella poseemos: puede a haber verdades de las que nada sabemos. En este Sentido, la verdad no es una noción epistémica, no depende de nuestro conocimiento" (TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 79).
[263] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, Cambrigde: Cambridge University Press, 2014. p. 304.
[264] *Ibid*.
[265] *Ibid*.
[266] SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 21.
[267] *Ibid*.

De maneira geral, a epistemologia pode ser encarada como a teoria filosófica do conhecimento.[268] Como sublinha Susan Haack[269], cuida-se a epistemologia de terminologia recente, mas que, no fundo, representa uma preocupação antiga que já remonta a pelo menos os esforços de Platão em diferenciar conhecimento genuíno (*episteme*) de opinião (*doxa*).

O processo de busca de conhecimento é inerente ao indivíduo. Não à toa, há muito pondera Aristóteles[270] que: "todos os homens, por natureza, tendem ao saber". Nesse caso, é natural que a busca do saber seja por informação verdadeira. Como exemplifica Vitor Paula de Ramos[271], ninguém lê um jornal e pretende encontrar na seção de esportes resultados de partidas que não ocorreram efetivamente.

Daí o porquê de se dizer que cresce atualmente, na esteira do que afirma Alvin Goldman[272], a abordagem *veritistic* da epistemologia, abordagem esta que se preocupa com a busca de informações verídicas, com o estudo de quais métodos e práticas são favoráveis ou não para cumprir tal missão.

Constitui elemento importante de uma abordagem *veritistic* da epistemologia a justificação. Dado que nem sempre o conhecimento obtido coincide com o mundo real[273], percebe-se que existe importante ligação entre a necessidade de justificação e a verdade.[274]

Parte-se assim da premissa de que uma proposição que se ocupa da realidade justificada é mais provável de ser verdadeira.[275] Por conseguinte, a justificação vem sempre em graus[276], que variam de acordo com a qualidade das provas de que se dispõe.[277]

Foi então que se percebeu que a epistemologia poderia ser usada no processo, dado que este constitui atividade voltada a buscar informações verídicas para determinar

---

[268] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 5.
[269] *Ibid*.
[270] ARISTÓTELES. **Metafísica**, cit., p. 1.
[271] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 31.
[272] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 5.
[273] SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 21.
[274] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 122 e 123.
[275] *Ibid*.
[276] RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 80.
[277] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 12 e 13.

a verdade das questões fáticas, de maneira justificada, de modo a se permitir a tomada de uma decisão factualmente correta.[278-279]

De fato, como ponderam William Twining[280] e Carmen Vázquez Rojas[281], há estreito liame entre o processo e a epistemologia, já que, em um ou outro caso, se estudam, por exemplo, os conceitos de fato, verdade, objetividade, prova, inferência e probabilidade.

Resulta disso fazer sentido a utilização, no processo, do vasto estudo já realizado pela epistemologia sobre as práticas que levam, ou que se distanciam, do conhecimento verídico, a permitir surgir aquilo que se denomina de epistemologia jurídica.[282]

Nesse caso, como elemento de justificação, o processo se apoia nos meios de prova para determinar a veracidade das questões fáticas que são objeto de discussão.[283] Quanto mais abundantes e seguros os subsídios que se puder extrair das provas, menor será a margem de erro daquele que decidirá sobre o caso.[284]

Em suma, parte-se no estudo do pressuposto de que o processo é uma operação que se destina (entre outras finalidades) a buscar informações verídicas, à medida que necessita determinar a verdade das questões fáticas justificadamente para a tomada de uma decisão factualmente correta. Para tanto, alicerça-se nos meios de prova: quando uma alegação está garantida por prova, é mais provável que seja verdadeira. É útil, dentro deste contexto, o uso da vasta literatura sobre epistemologia no Direito Probatório.

---

[278] *Ibid*., p. 1.

[279] Sobre este tema, convém registrar interessante trecho da obra de Enrico Tullio Liebman: "O conhecimento do juiz tem necessariamente dois objetivos diferentes: a verificação dos fatos e a aplicação do direito. A primeira dessas operações tem caráter histórico, porque seu escopo é descobrir a verdade relativamente às circunstâncias de fato relevantes para a causa; e a tarefa do juiz, nessa parte de seu trabalho, não é substancialmente diferente da de qualquer pessoa que precise indagar sobre a maneira como se desenrolam determinados acontecimentos – com a única diferença de que sua atividade é, também nessa parte, regulada pelo direito, o qual indica os meios e as formas que devem ser empregados para a descoberta da verdade" (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, cit., p. 216).

[280] TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms, cit., p. 149.

[281] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 59.

[282] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 6.

[283] *Ibid*., p. 4.

[284] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, cit., p. 146.

3.4. A realidade, os enunciados fáticos e o processo

Note-se que a adoção de um conceito relacional da verdade como correspondência, em que um enunciado será considerado verdadeiro se corresponder à realidade, implica dizer que, no processo, a prova não recai sobre a própria realidade.

Com efeito, os fatos trazidos pelas partes ao processo não podem ser provados em si mesmo.[285] Ao revés, o que se discute no processo, e é objeto da prova, são os enunciados ou proposições fáticas que afirmam a existência de uma dada realidade.[286]

O enunciado fático pode ser definido, na esteira de Michele Taruffo[287], como "qualquer enunciado em que um evento é descrito como ocorrido 'assim e assim' no mundo real (...)".

Percebe-se que o enunciado fático é aponfântico, na medida em que, por ser uma descrição de um acontecimento da realidade, pode ser caracterizado como verdadeiro ou falso.[288-289]

Em que pese um enunciado fático possa ser definido como verdadeiro ou falso, fato é que o conhecimento da realidade pelo ser humano, através de um raciocínio empírico, é limitado e, eventualmente, pode sempre ser falso.[290]

Como afirma Karl Popper[291], pouco importa a quantidade de vezes que um evento é observado pelo ser humano, a inferência daí a ser obtida, dada a limitação do

---

[285] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 70.

[286] Nesse sentido: SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 12; TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 83; COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**, Torino: UTET Giuridica, 2010. p. 4; SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 37; VERDE, Giovanni. Prova legale e formalismo. **Il Foro Italiano**, v. 113, parte quinta: monografie e varietà, p. 465/474, 1990. p. 465; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 63; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**, 2. ed. Barueri: Atlas, 2023. p. 429; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de processo civil comentado**, 1ª ed (ebook). Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 628.

[287] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 60.

[288] *Ibid*.

[289] Há de se ter em mente que as proposições fáticas nem sempre são puramente descritivas de um fato e, na maior parte das vezes, como aponta Giovanni Verde, não são desprovidas de elementos valorativos (VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile - Profili di teoria generale. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Primo**, v. 108, 1999. p. 14).

[290] Nesse sentido: ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 24; MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc**, Madrid: Imprenta de la revista de legislacion, 1877. p. 62.

[291] Na esteira do que pondera o autor: "Now it is far from obvious, from a logical point of view, that we are justified in inferring universal statements from singular ones, no matter how numerous; for any

próprio indivíduo, sempre pode vir a ser em última análise falsa. De maneira semelhante, conclui Jordi Ferrer-Beltrán[292] que: "(...) nunca um conjunto de elementos de juízo, por maior e mais relevante que seja, permitirá ter certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese".

O exemplo dos cisnes bem ilustra o problema: sempre se concebeu no pensamento ocidental, a partir do que ordinariamente o indivíduo observava, que todo cisne era branco. A observação, que por muito tempo foi compreendida como verdadeira, verificou-se superada com a descoberta da Austrália em 1770, a partir da qual se revelou a existência de cisnes na cor preta. Ou seja, a conclusão de que todo cisne é branco, por muito tempo difundida à época e aparentemente verdadeira, resultou um dia falsa, justamente porque faltava à compreensão humana informações sobre a existência de cisnes pretos.[293]

No processo judicial, o conhecimento empírico ainda sofre mais limitações. Como aponta Ronald J. Allen[294]: (i) o processo lida com poucos dados; (ii) os dados processuais são ambíguos e não suscetíveis de reprodução; (iii) aquele que decide não tem o privilégio de selecionar os casos com os quais vai lidar, sendo certo, ainda, ser vedada na maioria dos ordenamentos a pronúncia do *non liquet*; (iv) por fim, o Direito Probatório por vezes cria regras (prazos, preclusões, formalidades etc.) que limitam a busca da verdade.[295-296]

---

conclusion drawn in this way may always turn out to be false (…)" (POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**, London: Taylor and Francis, 2005. p. 4).

[292] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 133.

[293] SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**, Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 8.

[294] ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico, *in*: **Estándares de prueba y prueba científica**, Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51 e ss.

[295] Nesse caso, convém lembrar, como anota Michele Taruffo, que é plenamente possível uma regra que limite a busca da verdade no processo, desde que tais regras sejam dirigidas a preservar um valor mais importante que uma decisão verdadeira sobre as questões fáticas objeto de discussão (TARUFFO, Michele. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses, *in*: **Estándares de prueba y prueba científica - Ensayos de epistemología jurídica - Carmen Vázquez (org.)**, Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 207).

[296] Ainda sobre o tema das limitações da prova no processo, convém registrar a severa crítica de Bruno Cavallone em relação à parcela da doutrina: "Sedotti dalla retorica benthamiana, infatti, i suoi seguaci sembrano ritenere che l'unico ostacolo sulla via della desiderata assimilazione della cognizione del giudice a quella dello storico, dello scienziato, o del buon padre di famiglia, sia costituito appunto dalle regole di esclusione, oltre che naturalmente da quelle di prova legale in senso stretto. Ma si tratta di una illusione ottica, perché la vera e insopprimibile « specificità » della prova giudiziaria consiste molto più semplicemente nel fatto che le operazioni conoscitive del giudice si collocano comunque e per definizione entro la struttura di un processo, e dunque in un contesto necessariamente diverso da quello in

Ou seja, um enunciado fático, por ser uma descrição de um acontecimento, pode ser afirmado como verdadeiro ou falso, mas ainda assim variará o grau de confirmação que a ele se atribui com base nas informações e provas que se dispõe no processo.[297] Por conseguinte, a depender do contexto e das circunstâncias do processo, haverá uma maior ou menor aproximação à verdade.[298]

Resulta disso que o conhecimento da verdade pelo ser humano é sempre relativo, na medida em que há diferentes contextos em que surge, métodos diversos e quantidade e qualidade de informações que se dispõe para a sua busca.[299]

Em que pese relativo, não se pode afirmar que o conhecimento da verdade se trata de um conhecimento subjetivo, uma vez que a justificação para a tomada da decisão sobre os fatos no processo não se funda nas preferências particulares daquele que toma a decisão, mas sim na sua capacidade de exprimir em enunciados fáticos representativos da realidade como ela é.[300-301]

Em suma, pode se dizer que uma concepção racional da prova se caracteriza por sustentar que a atividade probatória no processo busca a verdade a partir de descrições que provavelmente são verdadeiras, no sentido de que correspondem com a realidade.[302] Logo, as conclusões obtidas no processo não são certas e se situam, ao contrário, no campo do raciocínio probabilístico.[303]

3.5. Verossimilhança e a probabilidade

Prossegue-se para a distinção entre a verossimilhança e a probabilidade. São conceitos que ao longo da história a doutrina utiliza e atribui sentidos distintos. Daí o

---

cui si collocano le corrispondenti operazioni mentali del nostro paterfamilias, per quanto queste possano apparire in sé e per sé simili, o anche identiche, in sede di analisi logica ed epistemologica" (CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 61, n. 2, p. 417–432, aprile/giugno, 2006. p. 428).

[297] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 105 e 106.

[298] *Ibid*.

[299] *Ibid*., p. 106.

[300] *Ibid*.

[301] Nesse sentido, registra-se a lição de Giovanni Verde: "Bastano queste banali considerazioni per convincerci: a) che il concetto di verità è necessariamente relativo a un determinato contesto; b) che è consentito fare raffronti fra le tecniche di ricerca soltanto al fine di stabilire quale sia quella che consente di raggiungere i migliori risultati possibili soltanto in relazione al contesto dato" (VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile - Profili di teoria generale, cit., p. 16).

[302] GARCÍA, Edgar R. Aguilera. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. **Revista de Teoría y Filosofia del Derecho**, 44, p. 163–189, abr./2016. p. 176.

[303] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 8.

porquê de a pesquisa, em tópico específico, clarificar o entendimento adotado sobre o tema.

De fato, trata-se de questão que já foi aprofundada por várias autorizadas doutrinas, mas que, no fundo, o que se tem é um cenário em que inexiste utilização de terminologia única.

Por exemplo, Antonio Dellepiane[304], ao tratar do tema da verdade, probabilidade e verossimilhança, trabalha com escalas de existência ou inexistência de fatos e graus de crença sobre estes. Apresenta o autor, assim, a seguinte escala de tendência de existência ou inexistência de fatos, a qual se altera com as provas produzidas no processo: (i) absurdo; (ii) impossível; (iii) inverossímil; (iv) improvável; (v) duvidoso; (vi) provável; (vii) verossímil; (viii) necessário.[305] Em seguida, da escala apresentada, o autor considera que os números (i) e (ii) levam a um grau de crença de certeza; os números (iii) e (iv) levam a um grau de crença de opinião; o número (v) leva a um grau de crença de dúvida; os números (vi) e (vii) levam a um grau de crença de opinião; e o número (viii) leva a um grau de crença de certeza.[306]

De outro lado, ainda a respeito da verossimilhança, são bem reproduzidas as lições de Piero Calamandrei sobre o tema. Com efeito, o autor sublinha que: "tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza".[307] São, assim, famosas as definições difundidas por Piero Calamandrei, em que, de um lado, o autor coloca a verossimilhança como aparência da verdade[308] e, ao fim e ao cabo, não a distingue, ao menos não com precisão, da probabilidade.[309] De outro lado, o autor italiano trata o juízo de verossimilhança como a alegação de fato baseada na experiência daquilo que normalmente acontece, apresentando-se assim com a aparência de verdadeiro.[310]

De fato, Piero Calamandrei influenciou parcela relevante da doutrina processual, inclusive brasileira. É o que se observa, por exemplo, em Ovídio Batista da Silva[311], que fazendo menção expressa ao autor italiano, pondera que "a verdade dos fatos judiciais, em verdade, não passa da simples verossimilhança".

---

[304] DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 42 e 43.
[305] *Ibid*.
[306] *Ibid*.
[307] CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. V - La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Collana la memoria del diritto**, Roma: Tre-press, 2019. p. 615.
[308] *Ibid*., p. 616.
[309] *Ibid*., p. 621.
[310] *Ibid*., p. 620.
[311] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

Também Eduardo Cambi[312] encara a verossimilhança, a probabilidade e a verdade como "critérios de objetivação ou de racionalização da cognição, com vistas à formação do convencimento do juiz". Deste modo, na visão do mesmo autor: "quando se pensa em juízo de verdade (*lato sensu*), está a se referir sobre a cognição exauriente".

Menciona-se ainda a lição de Gerhard Walter[313] que, ao fazer crítica ao tradicional emprego da verossimilhança pela doutrina, assim registra: "desde un principio solo sería posible constatar una verosimilitud. Pero si la conciencia de esa verosimilitud es tal que la considere suficiente, el juez tendrá que declarar que ese hecho es 'verdadero' (…)".

Sem embargo, compreende-se que a verossimilhança e a probabilidade são coisas distintas e que, no fundo, o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico.[314] Adota-se no estudo as lições defendidas por Michele Taruffo sobre o tema.

Pondera o autor em tela que em geral se assume, muito por influência do próprio Piero Calamandrei, a conclusão de que a verossimilhança é aquilo que tem aparência de verdadeiro ou, ainda, a conclusão de que a verossimilhança é equivalente à probabilidade.[315]

Todavia, para Michele Taruffo[316], a verossimilhança constitui o grau de capacidade representativa de uma descrição a respeito da realidade. Percebe-se, então, que a verossimilhança nada tem relação com a veracidade, tampouco probabilidade, de um enunciado fático.[317]

Não por outro motivo parece Sentís Melendo[318] concluir que a verossimilhança não constitui um elemento probatório. E vai além o autor, ao aduzir que: "en la verosimilitud no hay más que una coincidencia entre la realidad y los hechos que se desearía fuesen también reales".[319]

---

[312] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 356.
[313] WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, Santiago: Ediciones Olejnik, 2019. p. 143.
[314] Na dicção de Jordi Ferrer-Beltrán: "Dizer que um enunciado fático está provado é afirmar que é provavelmente verdadeiro (em um nível que deverá ser determinado), dadas as provas disponíveis" (FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 21).
[315] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 184.
[316] *Ibid*., p. 185.
[317] *Ibid*., p. 186.
[318] SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 294.
[319] *Ibid*.

De outro lado, a probabilidade é tema recorrente no processo, notadamente na instrução probatória. Observa Terence Anderson *et al*[320] múltiplas razões para o seu uso, dentre as quais se destaca: (i) os meios de prova são incapazes de obter resultados absolutos, ou mesmo, por vezes, resultados conclusivos; (ii) com frequência os meios de prova desaguam em conclusões dúbias ou mesmo contraditórias; (iii) frequentemente, os meios de provas se formam a partir de fontes não confiáveis.

A probabilidade não se confunde com a verossimilhança, dado que algo é considerado verossímil se for correto supor que existe um fato similar ao descrito como tal.[321] Ao contrário, a probabilidade está associada com as razões suficientes para se considerar verdadeira uma afirmação.[322]

Como acima visto, a atividade instrutória é incapaz de alcançar conclusões absolutas, daí o porquê de se afirmar que um enunciado fático, o qual descreve uma dada realidade, é provavelmente verdadeiro, no sentido de que em um determinado processo se dispõe de elementos probatórios suficientes para confirmar que uma hipótese fática é verdadeira.[323]

É nessa esteira que a probabilidade tem profunda relação com o tema das provas e, nas palavras de Michele Taruffo[324]: "(...) diz respeito à existência de razões válidas para sustentar-se que um enunciado é verdadeiro ou falso".

Convém aqui esclarecer que a probabilidade não é sinônimo de *probabilidade estatística*, já que para além desta, é plenamente aceitável um modelo de probabilidade baseado em esquemas de confirmação[325], ou seja, uma probabilidade lógica a partir do grau de confirmação de uma hipótese fática em relação à produção de uma dada prova.[326]

Das definições trazidas, é plenamente possível que se suceda no processo uma afirmação verossímil, mas não provável, pois, como exemplifica Michele Taruffo[327]:

---

[320] ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 246.
[321] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 185.
[322] *Ibid*., p. 186.
[323] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 113 e 114.
[324] *Ibid*., p. 113.
[325] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 161.
[326] Sobre o aprofundamento da probabilidade lógica ou indutiva no Direito Probatório, vide: COHEN, L. Jonathan. **The probable and provable**, Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 121 e ss; FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 172 e ss.
[327] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 186.

"Un cuadro puede ser parecido a la realidad sin que ello implique nada acerca de la existencia real de aquello que representa: esto es, puede ser «realista» sin ser «verídico»".

Também é possível pensar na situação contrária, isto é, uma hipótese provável, mas não verossímil, a qual ocorrerá quando, em que pese não seja verossímil uma afirmação, haja elementos probatórios suficientes para considerá-la aceitável.[328]

A distinção entre a verossimilhança e a probabilidade acima proposta não é meramente teórica. O principal resultado prático da distinção é o de que a inverossimilhança de um enunciado fático não dispensa, por si só, a produção de provas, já que o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico, baseado, portanto, nas provas produzidas no processo.[329]

3.6. A busca por um conjunto probatório mais completo

Conforme exposto até então, a atividade probatória tem por escopo buscar a verdade, compreendida a natureza da verdade a partir da teoria da correspondência. Afirmou-se, ainda, que o raciocínio probatório, independentemente do conjunto probatório formado, não pode buscar resultados absolutos. As hipóteses fáticas que são declaradas provadas, a partir de um conjunto probatório formado no processo, são provavelmente verdadeiras, cujo grau de confirmação variará de acordo com os elementos probatórios formados no processo.

À vista disso, não se adota no estudo uma visão cognitiva cética, no sentido de que a impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta implica afirmar que nenhuma determinação da verdade sobre os fatos pode ser estabelecida no processo.[330] A impossibilidade de se encontrar uma verdade absoluta, inclusive, serviu de base para justificar a adoção de correntes que colocam na linguagem ou consenso a determinação da verdade.[331]

Ao contrário, resulta, de todo o exposto, a necessidade de se estimular a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, para que assim possa a

---

[328] *Ibid*., p. 187.
[329] DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição da inadmissão da prova por já estar convencido o juiz, *in*: **Prova judiciária - estudos sobre o novo direito probatório. Coordenador: Danilo Knijnik**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93.
[330] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 179.
[331] DAMASKA, Mirjan R. Truth in Adjudication, cit., p. 290.

atividade probatória cumprir sua finalidade de colocar o processo mais próximo da realidade.

De fato, para que possa cumprir devidamente a sua finalidade de determinar a veracidade das questões fáticas, deve o processo ser pensado à luz da necessidade de se elevar ao máximo a completude do material probatório.[332] Até porque, como pondera Larry Laudan[333], um conjunto probatório mais rico tende a reduzir os erros da decisão.

Enxerga-se aqui nitidamente a ligação com a próprio princípio da máxima efetividade dos meios probatórios, princípio do Direito Probatório este que se preocupa com a maximização dos resultados de cada um dos meios de prova.[334]

Logo, deve o processo ser estruturado e interpretado a partir de regras e princípios adequados à busca de informações verídicas para aclarar as questões fáticas, com vistas a garantir sejam as decisões tomadas factualmente corretas.[335]

3.7. Esclarecimentos finais sobre a corrente adotada

Encerra-se a presente seção com alguns esclarecimentos acerca das teorias adotadas e descritas nas seções acima. O primeiro ponto a ser destacado, novamente, é o de que a compreensão da atividade instrutória voltada a busca da verdade não implica afirmar que é possível alcançar conclusões absolutas por meio da prova.[336]

Ao contrário, já foi destacado que o raciocínio empírico, por maior e mais relevante que seja um determinado conjunto probatório, é incapaz de alcançar resultados

---

[332] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 46.
[333] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 122 a 124.
[334] Como esclarece William Santos Ferreira: "a qualidade de cada um dos instrumentos probatórios empregados, a busca de um eficiência máxima do esclarecimento do *thema probandum*; um reconhecimento de que há um mandado de otimização, provocador de atitudes tanto legislativas, como dos intérpretes e dos operadores do direito, voltadas a maximizar os resultados quando da utilização do ferramental instrutório, aqui estaremos no território do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios" (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 184).
[335] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 4.
[336] É, por exemplo, uma das objeções formuladas por Adolfo Alvarado Velloso. Para o autor argentino, as correntes que defendem o enaltecimento da verdade, bem ainda a necessidade de um papel mais ativo do juiz na instrução, procuram, ao fim e ao cabo, uma verdade ou justiça absolutas por meio do processo (VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Lecciones de derecho procesal civil**, Rosario: Puntolex, 2011. p. 448 e 449) o que, como visto, não é necessariamente verdadeiro, ao menos não na tradição adotada no presente estudo.

absolutos. O que se propõe, portanto, é que a imperfeição do conhecimento humano sobre a verdade não afasta sua busca.[337]

Em segundo lugar, deve ser ressaltado que a adoção de tais teorias não implica afirmar que a linguagem e a argumentação não são importantes no processo ou na atividade probatória. Pelo contrário, reconhece-se que a realidade é percebida pelo ser humano através de processos mentais e da linguagem.[338-339]

Da mesma forma, a argumentação, como nos lembra Alvim Goldman[340], cumpre importante papel na era da epistemologia denominada pelo autor de *Social World*, na qual o conhecimento obtido se transmite por meio de variadas pessoas. Até porque, no mundo atual, dificilmente alguém tem tempo, intelecto e a experiência necessária para obter conhecimento por si só.[341]

Reconhece-se assim que há hoje uma necessária dependência epistêmica entre os indivíduos que interagem nos mais diversos sistemas sociais que compõem uma sociedade.[342]

O que se toma como ponto de partida no estudo é que a verdade é objetiva, ou seja, é a realidade que determina a veracidade dos enunciados fáticos, e não a vontade, a utilidade, a linguagem ou o consenso.[343]

---

[337] Nesse sentido esclarece Paolo Comoglio: "Chi sostiene espressamente che l'obbiettivo dell'accertamento giudiziale dei fatti sia la verità, intesa come corrispondenza, ammette comunque la natura intrinsecamente limitata delle capacità cognitive dell'uomo. Allo stesso modo chi parla di verità processuale o sostiene che il processo non possa comunque arrivare ad una verità assoluta non nega comunque che l'obiettivo dell'accertamento del fatto sia, almeno tendenzialmente, quello di accertare come si sono svolti i fatti. Semmai questi ultimi sostengono che il processo possa comunque concludersi senza un accertamento del tutto veritiero, ossia accontentandosi di un accertamento incompleto o non del tutto corrispondente" (COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**, cit., p. 120). Também aponta nesse sentido Eduardo Cambi: "O conhecimento humano da verdade é imperfeito, incompleto e por vezes irrelevante, mas nem por isso os ordenamentos jurídicos devem afastar a sua cogitação, nem renunciar a sua busca, na medida do possível" (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 33).

[338] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 21.

[339] Vale registrar trecho da obra de Antonio Carrata nesse sentido: "In effetti, sostenere la funzione dimostrativa della prova nel processo non significa in alcun modo bandire dal processo l'"argomentazione". Piuttosto, proprio la struttura dialogica consustanziale al processo rende imprescindibile al suo interno anche la componente argomentativa." (CARRATTA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova: a proposito del libro di Aurelio Gentil. **Diritto e questini pubbliche**, v. 14, p. 169–208, 2014. p. 170).

[340] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 4.

[341] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 49.

[342] *Ibid*.

[343] LYNCH, Michael P. **The Nature of Truth - Classic and Contemporany Perspectives**, Cambrigde: MIT Press, 2001. p. 7.

Por fim, compreende-se que a verdade é um dos muitos valores tutelados pelo Direito[344], de modo que é natural que cada ordenamento, ao seu próprio modo, limite em alguma medida a busca da verdade no processo.[345]

No Brasil, por exemplo, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, conforme os termos do art. 5, inciso LVI, da CF, o que apenas revela que o ordenamento brasileiro acomoda vários valores em seu abrigo.

No fundo, na esteira do que ensina Luigi Ferrajoli[346], a busca no processo da verdade como correspondência constitui um "ideal limite" o qual, em que pese inalcançável, não impede que nos aproximamos da verdade por meio da atividade instrutória.

Daí o porquê de José Carlos Barbosa Moreira[347] defender que, muito embora importante, a descoberta da verdade não é o fim último no processo, mormente porque desempenha em relação ao ato de julgar papel instrumental, haja vista que na função cognitiva do juiz, além de se buscar aquilo que aconteceu na realidade, também se busca a aplicação do Direito no caso concreto.

Com isso, percebe-se que a finalidade instrutória voltada à busca da verdade não suprime os outros valores tutelados pelo ordenamento, de modo que coexistem dois tipos de justiça: de um lado, uma justiça que é alcançada por meio de uma decisão justa; de outro lado, outro tipo de justiça que é alcançada por meio da observância das garantias processuais.[348-349]

---

[344] Para o autor Cassio Benvenutti de Castro, por exemplo: "(...) a questão é contemplar a verdade – o standard 100% - como um 'valor meio' no processo justo" (CASTRO, Cássio Benvenutti. **Direito probatório: o pêndulo entre a verdade e a prova**, Curitiba: Juruá, 2018. p. 76).

[345] Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 119; AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onere della prova**, Roma: Foro Italiano, 1932. p. 120 a 122; COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**, cit., p. 122; VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile - Profili di teoria generale, cit., p. 21.

[346] FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**, cit., p. 93.

[347] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, cit., p. 145.

[348] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 141.

[349] Vale aqui citar o entendimento de Bruno Cavallone, o qual, conquanto não concorde com grande parte das teorias ora adotadas e ainda faça severas críticas ao pensamento de Michele Taruffo, assim assinala: "La decisión destilada em la soledad y el secreto de un 'laboratorio', por un juez que ha inaplicado las formas del procedimiento (...) podría incluso ser 'verdadera' según rigorosos parámetros epistemológicos, pero será inevitablemente injusta" (CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia - un diálogo sobre prueba y verdad**, Lima: Palestra, 2012. p. 30 e 31).

Ao fim e ao cabo, sintetizam com precisão o problema Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo[350]:

> A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento judiciário a um objetivo determinado, mas se trata, sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim por si mesma, mas necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça "mais justa".

[350] MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de processo**, v. 16, p. 155–168, out-dez, 1979. p. 8 (versão digital).

4. MOMENTOS DA PROVA

No capítulo anterior, cuidou-se de aprofundar a estrutura e o referencial teórico adotados na pesquisa. Procurou-se, assim, demonstrar que se parte de duas bases: de um lado, parte-se do pressuposto de que existe uma interrelação entre os planos material e processual que vale ser explorada; de outro lado, adota-se no discurso sobre a prova uma tradição racionalista.

A partir de então, objetiva-se com a presente seção abordar certos momentos da prova que serão utilizados no curso de todo o trabalho. Não serão abordados todos os momentos da prova, mas tão somente aqueles que são úteis aos propósitos da pesquisa e que acabam por se repetir tanto no processo administrativo como no processo judicial, o que justifica o deslocamento sobre o seu aprofundamento para um capítulo preliminar.

4.1. Formação do conjunto probatório

Constitui a formação do conjunto probatório o momento destinado, mediante requerimento ou de ofício, com a posterior produção de provas, à elaboração de um conjunto de elementos probatórios que confirmem ou não as hipóteses fáticas objetos do processo.[351]

A etapa de formação do conjunto probatório é momento da prova comumente confundido com a etapa de valoração da prova, o que inclusive pode gerar distorções no processo.[352] Isso, pois a confusão entre as etapas pode fazer com que uma prova não seja admitida (e, portanto, não integre o conjunto probatório), em razão de o julgador ter entendido se tratar de uma prova de pouca valia. Deste modo, nas palavras de Danilo Knijnik[353], convém acentuar que se cuidam de "planos diversos que devem ser separados com nitidez".

Seja como for, na linha de William Santos Ferreira[354], o aludido momento pode ser segmentado em três fases: (i) proposição da prova; (ii) o deferimento ou a determinação de ofício da prova; (iii) por fim, a produção da prova.

---

[351] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 62.
[352] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.
[353] *Ibid*.
[354] FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova, cit., p. 541.

Esclarece Jordi Ferrer-Beltrán[355] que a formação do conjunto probatório é marcada por um número maior de regras e princípios que o regulam se comparada às demais etapas probatórias, sem se olvidar, é claro, que este conjunto de normas se alteram conforme cada tipo de processo (civil, penal, administrativo, trabalhista etc.) e o respectivo ordenamento.

Daí em geral se observar dois filtros para a formação do conjunto probatório: de um lado, um filtro para excluir provas não relevantes ao processo, ou seja, um filtro de caráter epistêmico ou lógico.[356] De outro lado, um segundo filtro para excluir provas que não estão de acordo com algum valor importante para o ordenamento, ou seja, um filtro de caráter normativo.[357-358]

Do ponto de vista normativo, no processo civil, tem-se que a admissão da prova encontra regulamentação inicial no art. 5°, inciso LVI, da CF, que expressamente faz referência à admissão da prova, com o seguinte texto normativo: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

De outro lado, o art. 370, *caput* e parágrafo único, do CPC, concretiza no plano infraconstitucional a admissão da prova. Nessa esteira, estabelece o *caput* do supracitado dispositivo que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito". No parágrafo único do mesmo dispositivo, estabelece o diploma processual que o "juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Por sua vez, o art. 374 do CPC trata expressamente das hipóteses fáticas que não dependem de prova. São elas: (i) quando a prova recair sobre fatos notórios; (ii) quando a prova recair sobre fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; (iii) quando a prova recair sobre fatos admitidos no processo como incontroversos; (iv) e, por fim, quando a prova recair sobre fatos em cujo favor milita presunção legal.

---

[355] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 64 e 65.

[356] Nesse sentido: THAYER, **A preliminary treatise on evidence at the common law**, p. 268; ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 115; TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 364; FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 63 e 64.

[357] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 373. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 63 e 64.

[358] Vale registrar famosa passagem de Jeremy Bentham, autor conhecido por ser um grande crítico às exclusões de prova no processo judicial, no sentido de que: "The exclusion of all evidence would be a denial of all justice" (BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, p. 227).

Seja como for, entende-se que no aludido momento da prova, aplicável a regra *in dubio pro probatione*, ou seja, na dúvida sobre os requisitos de relevância para admissão da prova, deve esta ser admitida e produzida, por força das seguintes razões: (i) propositalmente, o próprio CPC trata a admissão da prova no *caput* do art. 370 e o indeferimento no parágrafo único do mesmo artigo, revelando norma que privilegia o deferimento ou a determinação da prova como regra; (ii) nem sempre a produção de uma prova importará prejuízo aos princípios constitucionais da economia processual e razoável duração dos processos; ao revés, pode revelar estímulo para que as partes se autocomponham ou desistam de interpor recursos ou mesmo de ajuizar ações; (iii) a verdade é importante para a tomada de uma decisão correta (de acordo com a realidade), de modo que o processo deve ser concebido e interpretado a partir da busca da verdade para a formação de um conjunto probatório o mais rico possível; (iv) por fim, os mecanismos de superação de dúvida, tal como a regra de ônus da prova, devem ser evitados ao máximo, eis que, por constituírem regras voltadas à solução do *non liquet*, nada esclarecem sobre as questões fáticas do processo.[359]

4.2. Valoração da prova

Formado o conjunto probatório, segue-se para a etapa da valoração das provas. Dentro do tópico, pondera Moacyr Amaral Santos[360] que "já houvesse quem dissesse que a história da prova reflete toda a história da civilização (...)".

De fato, a história demonstra que vários modelos de prova foram adotados pelos mais diversos tipos de sociedade: ordálias, juramentos, juízos de Deus, provas legais, provas racionais etc.[361]

---

[359] FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione, cit., p. 475. A conclusão de privilegiar a admissão de provas em detrimento de seu indeferimento é de maneira semelhante também vista em: GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, cit., p. 38; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância, *in*: **Sistema penal e poder punitivo : estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr**, Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 570; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, cit., p. 146.

[360] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 23.

[361] O tema é tratado com profundidade na doutrina de Moacyr Amaral Santos (*Ibid*., p. 23 e ss). Como ainda destaca Vittorio Denti: "la indagación en torno a las actuales tendencias evolutivas del derecho probatorio, considera los tres sistemas jurídicos en que se expresan, con suficiente autonomía, las diversas orientaciones de fondo de las instituciones procesales: a) el sistema de los países de *civil law*; b) el de los de *common law*, y c) el de las naciones socialistas. La diferencia entre los dos primeros sistemas se debe, sobre todo, a razones históricas, mientras que la divergencia entre el primero y el tercero obedece

No campo da valoração da prova, importa ao estudo destacar três tipos de modelos que foram adotados ao longo da história: (i) o modelo de prova tarifada; (ii) o modelo da íntima convicção; (iii) e o modelo do livre convencimento motivado ou persuasão racional.[362-363] A variação entre um ou outro modelo está, ao fim e ao cabo, ligada com a maior ou menor confiança que o ordenamento deposita naquele que tomará a decisão sobre os fatos.[364]

Na sistemática da prova tarifada, que encontra seu berço em ordenamentos de origem germânica[365] e que predominou na Europa continental desde a idade média até o final do século XVIII[366], ao julgador não é dada a possibilidade de realizar uma análise crítica das provas, haja vista que o ordenamento pré-determina o valor a ser atribuído a cada meio de prova.[367]

---

principalmente a motivos políticos; pero el estudio autónomo de las evoluciones respectivas no puede desligarse de la observación de que los diversos sistemas no son, en manera alguna, compartimentos estancos, sin interferencias recíprocas e influencias evolutivas (…)" (DENTI, Vittorio. Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 6, p. 543–583, 1969. p. 543 e 544).

[362] Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 314; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 341.

[363] Vale esclarecer que o trabalho faz uso da terminologia "livre convencimento motivado" e "persuasão racional" como sinônimos. No entanto, há parcela da doutrina que desaprova o uso de uma ou outra expressão. Por exemplo, a expressão livre convencimento motivado não é bem aceita por Lênio Luiz Streck, dado que, na visão do autor: "No Estado Democrático de Direito, não há mais que se falar em livre convencimento do juiz, porque traz embutido uma dose considerável de subjetividade (esquema sujeito-objeto)" (STRECK, Lênio. **Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 6 e 7, nota de rodapé n° 56). De outro lado, o termo "persuasão racional" é criticado, por exemplo, por William Santos Ferreira, conforme o seguinte trecho de sua obra: "(...) se o ponto alto de incidência é o da análise crítico-valorativa do julgador, a denominação *persuasão* é inapropriada porque empregada em época que a iniciativa probatória competia às partes litigantes, daí se direcionando a nomenclatura para este 'esforço' persuasivo de convencer o juiz, quando o que rege atualmente o sistema probatório é a irrelevância do responsável pela produção das provas (....)" (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287).

[364] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**, cit., p. 350.

[365] Esclarece nesse sentido Moacyr Amaral Santos: "O sistema das *provas positivas,* ou *legais*, tem sua origem no processo bárbaro, das ordálias, e, mais especialmente, no rigoroso e formalista direito germânico, que se esparramou com as invasões" (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 341). De qualquer forma, como esclarece Juan Montero Aroca, o sistema de prova tarifada não se confunde com o sistema das ordálias (AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 549).

[366] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado - Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira**, Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Editora Líder, 2001. p. 69.

[367] Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 342; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**, cit., p. 346.

Em outras palavras, o sistema jurídico guia o resultado probatório[368], transformando o julgador em mero fiscal da realização dos meios de prova e proclamador de resultados[369], o qual está impedindo de realizar um raciocínio com base na análise racional da prova. [370]

O sistema da prova tarifada é considerado um progresso para sua época, já que veio inclusive a substituir gradualmente o sistema de duelos e das ordálias[371], mas eventualmente seria substituído por um sistema de livre valoração da prova, modelo este que, historicamente, em que pese tão antigo quanto o da prova tarifada, é considerado por parcela da doutrina como uma evolução em relação ao modelo de prova tarifada.[372]

De fato, o modelo da íntima convicção ou livre apreciação da prova se origina no Direito Romano[373], mas ganha força sobretudo a partir do século XVIII e se consolida com a Revolução Francesa.[374]

No sistema em tela, confere-se ao julgador a absoluta liberdade para valorar o conjunto probatório, independentemente de fundamentação posterior.[375] Ou seja, no modelo em questão, não está o juiz obrigado a apresentar os motivos que levaram a uma dada conclusão sobre os fatos discutidos no processo.[376]

Pondera Moacyr Amaral Santos[377] que o sistema em tela não foi aplicado em nenhum ordenamento em sua pureza, pois sempre havia algum tipo de limitação proveniente de regras de experiência ou mesmo de regras legais.

---

[368] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 67.
[369] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 285.
[370] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 342.
[371] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado - Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira**, cit., p. 73. De modo semelhante atesta Vittorio Denti: "En efecto, no cabe duda de que el conjunto de reglas probatorias incluidas bajo el nombre de pruebas legales, si bien consintió, por un lado, un cierto grado de racionalización em la indagación judicial, frente a los métodos primitivos de prueba, represento luego una garantía contra la decadencia de la costumbre judicial, hasta convertirse em expresión de esa desconfianza hacia los juzgadores que se manifiesta todavía em el origen de la actitud actual de gran parte de la clase profesional de los juristas" (DENTI, Vittorio. Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos, cit., p. 545).
[372] MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & C[a]. (Filhos), 1927. p. 46.
[373] Esclarece nesse sentido Moacyr Amaral dos Santos que: "As origens da *livre convicção* remontam ao direito romano, na constância do qual era dada ao juiz a mais ampla liberdade no coligir e apreciar as provas". Acresce o autor, no entanto, que o próprio Direito Romano não permaneceu inteiramente fiel ao aludido sistema, já que foram adotadas ao longo do tempo uma série de restrições na apreciação da prova (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 344 e 345).
[374] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 55.
[375] *Ibid*.
[376] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 346.
[377] *Ibid*.

Por último, aborda-se no estudo a sistemática de valoração da prova que a doutrina convencionou denominar de livre convencimento motivado ou da persuasão racional.[378]

Trata-se de modelo que, segundo critérios de valoração racional e de maneira fundamentada, se atribui ao julgador a tarefa de avaliar o grau de corroboração das hipóteses fáticas a partir das provas produzidas no processo.[379] Diversamente da prova tarifada, constitui sistemática na qual se pressupõe a confiança do legislador em relação ao julgador no que diz respeito à decisão sobre os fatos objeto do processo.[380]

Segundo aponta Gerhard Walter[381], o modelo em tela, inserto em um sistema de garantias e controle da prova, foi o único capaz de salvaguardar a busca pela verdade ao mesmo tempo que serve de limite a eventuais arbítrios daquele que toma a decisão.

Fruto de uma cultura racionalista da prova[382], nos processos civil e penal brasileiro, como regra[383], o ordenamento adotou expressamente o livre convencimento motivado ou a persuasão racional, consoante os termos dos artigos 371 do CPC e 155 do CPP.

Daí o porquê de se afirmar, a partir de uma adoção do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que o aludido momento probatório não costuma ter muitas regras e princípios regulamentadores positivados no ordenamento.[384]

Não significa, é claro, que aquele que decide está livre para valorar da forma que bem entender ou, ainda, que inexistem regras que balizam a fundamentação.[385] A

---

[378] Sem embargo do uso de outras expressões, como é o caso Mauro Cappelletti[378], que faz uso do termo *valoração científica das provas* (CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado - Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira**, cit., p. 95).

[379] VIALE DE GIL, Paula A. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. **Pensar en Derecho**, 4, año 3, p. 131–160, 2014. p. 134.

[380] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 91.

[381] WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 93.

[382] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 319.

[383] Diz-se "em regra", pois, no fundo, como aponta Moacyr Amaral Santos, nenhum dos três sistemas de valoração da prova é aplicado exclusivamente nos mais variados ordenamentos e tipos de processo (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 352).

[384] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 263.

[385] Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil - Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil Volume 3**, cit., p. 326; POLI, Roberto. Il ragionamento probatorio (funzione, struttura, esiti, sindacabilità), *in*: **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira - Organizadores Adrian Simons, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Alvaro Pérez Ragone, Paulo Henrique dos Santos Lucon**, 1. ed ebook. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 1082.

liberdade, no particular, está atrelada à valoração da prova não vinculada a um resultado pré-estabelecido em lei.[386]

Cuida-se assim de etapa probatória que, ao menos no ordenamento brasileiro, segue um modelo constitucional do Direito Processual[387] e, ainda, regras de lógica e racionalidade[388], constituindo-se em atividade voltada à eleição das hipóteses fáticas mais prováveis entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos.[389]

Conforme aduz Daniel González Lagier[390], as aludidas regras de lógica e racionalidade são no fundo regras de caráter normativo (ainda que não sejam de caráter jurídico) que determinam as formas de raciocínio probatório que são ou não corretas.

A fundamentação da decisão, nessa hipótese, deve correlacionar as provas produzidas com as hipóteses fáticas consideradas verdadeiras, ao mesmo tempo que

---

[386] Nesse sentido: GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, cit., p. 77; TARUFFO, Michele. La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Secondo**, v. 108, p. 423–446, 1999. p. 428; ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 160.

[387] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 235.

[388] THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**, cit., p. 270.

[389] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 161.

[390] LAGIER, Daniel González. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 23, p. 79–97, 2020. p. 85. O mesmo autor traz, de modo sintetizado, 12 regras de lógica e racionalidade (ou *reglas de sana crítica)* que guiam a valoração. São elas: "1) Cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de uma hipótesis, mejor confirmada estará ésta. 2) Cuanto más variados sean los elementos de juicio (es decir, que añadan información que permita eliminar hipótesis alternativas), mejor confirmada estará la hipótesis. 3) Cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio (cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables), mejor confirmada estará la hipótesis. 4) Cuanto más fiables sean los elementos de juicio (esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en observaciones directas o conocimientos sólidos), mejor confirmada estará la hipótesis. 5) Cuanto mejor fundadas estén las máximas de experiencia en generalizaciones inductivas, más sólida es la hipótesis. 6) Cuanto mayor sea la probabilidad expresada en la máxima de experiencia, más sólida es la hipótesis (las máximas de experiencia tienen la siguiente estructura: "Si p, entonces probablemente q"; el grado de probabilidad con el que se correlacionan ambos tipos de hechos es relevante para la confirmación de la hipótesis). 7) La hipótesis no debe haber sido refutada ni directa (no debe quedar probado un hecho incompatible con la hipótesis) ni indirectamente (no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal). 8) Si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal (esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera) pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal (por medio de un argumento por abducción). 9) Cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará. 10) Cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará ésta. 11) Cuanto menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará ésta. 12) Cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal" (*Ibid*., p. 83).

deve mencionar os motivos pelos quais se deixou de utilizar uma ou outra prova para a conclusão.[391]

Em síntese, três são os sistemas de valoração das provas: (i) o sistema de prova tarifada; (ii) o sistema da livre convicção; (iii) e o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional. O ordenamento brasileiro, no processo civil e penal, adotou expressamente o terceiro modelo.

4.3. Standards probatórios

Como visto ao longo do estudo, a atividade probatória é incapaz de alcançar resultados absolutos.[392] Deste modo, na medida em que sempre há o risco de uma decisão sobre os fatos ser falsa (no sentido de que não corresponde com a realidade), deve o processo reconhecer a chance deste erro, incorporá-lo no sistema e passar a regulá-lo.[393]

De fato, se se parte do pressuposto que o raciocínio probatório é probabilístico, de modo que não é possível alcançar conclusões absolutas sobre a verdade dos fatos, então é necessário se determinar qual o grau de probabilidade suficiente para se tomar como provada uma hipótese fática.[394]

De outro lado, há ainda um problema natural de subjetividade na tomada de decisão sobre os fatos que surge a partir da adoção do modelo de livre convencimento motivado ou da persuasão racional, problema este que precisa ser superado com critérios objetivos.[395]

Trata-se da seara de aplicação dos *standards* probatórios ou modelos de constatação, isto é, nas palavras de Jordi Férrer-Beltrán[396]: "regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve ter, a partir das provas, para essa poder ser tida por provada para efeitos de que se tome determinada decisão".

---

[391] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 322.
[392] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 158.
[393] KNIJNIK, Danilo. Os "Standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. p. 16.
[394] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 35.
[395] TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, p. 659–677, 2003. p. 666.
[396] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 31.

Em outras palavras, é possível afirmar que o *standard* probatório ou modelo de constatação constitui instrumento que específica qual o nível mínimo exigido pelo Direito que há de ser satisfeito para que uma hipótese se considere provada.[397]

Percebe-se que o mecanismo em análise não se trata de instrumento exclusivo do processo judicial. Cuida-se de mecanismo presente em qualquer decisão tomada pelo ser humano[398], de modo que inclusive pode também ser plenamente aplicável no processo administrativo.

Humberto Ávila[399] nos fornece os seguintes exemplos de *standards* probatórios ou modelos de constatação comumente encontrados na doutrina e jurisprudência, já apresentados em escala gradativa da maior exigência probatória para a menor: (i) prova irrefutável; (ii) prova acima de qualquer dúvida razoável; (iii) prova clara e convincente; (iv) prova convincente.

Do conceito adotado, extrai-se duas finalidades do instituto em análise: de um lado, visa a distribuir os riscos de erros sobre as tomadas de decisão dos fatos[400]; de outro lado, almeja propor um critério objetivo de suficiência probatória e diminuir a subjetividade na tomada de decisão.[401]

No caso da distribuição de riscos, parte-se da premissa de que a atividade probatória é incapaz de alcançar resultados absolutos, haja vista ser sempre possível que uma decisão tomada por aquele que decide seja falsa, no sentido de não corresponder à realidade.[402] Nesse caso, os critérios de suficiência probatória têm por finalidade distribuir entre as partes os riscos dos erros de uma decisão falsa sobre os fatos objetos do processo.[403]

---

[397] LAGIER, Daniel González. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba, cit., p. 87.
[398] *Ibid*.
[399] ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: standard de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 282, ago./2018. p. 3-versão digital.
[400] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 68.
[401] GARCÍA, Edgar R. Aguilera. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica, cit., p. 175.
[402] Na esteira do que pondera Karl Popper: "Now it is far from obvious, from a logical point of view, that we are justified in inferring universal statements from singular ones, no matter how numerous; for any conclusion drawn in this way may always turn out to be false (…)" (POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**, London: Taylor and Francis, 2005. p. 4). Também em sentido semelhante: FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 133.
[403] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 22, n.2, p. 568–618, maio/agosto, 2021. p. 588.

De modo a melhor visualizar a aludida finalidade, vale esclarecer que o erro na tomada de decisão sobre os fatos se divide em dois casos: em primeiro, tem-se o *falso positivo*, por meio do qual se assume por provada uma hipótese fática, mas essa é em realidade falsa; de outro lado, tem-se o *falso negativo*, em que uma hipótese fática é declarada não provada, mas essa é, ao fim e ao cabo, verdadeira.[404]

Quanto maior a suficiência probatória exigida, isto é, quanto maior for a exigência para que uma hipótese fática se considere provada, maiores serão as chances de falsos negativos e menores serão as chances de falsos positivos.[405]

Tal raciocínio buscado através da maior ou menor exigência probatória no processo, no fundo, já há muito vem cristalizado no célebre pensamento de Voltaire[406], segundo o qual: "mais vale se arriscar a salvar um culpado do que a condenar um inocente".

Por outro lado, o *standard* probatório também tem a finalidade de diminuir a subjetividade no julgamento. Entende-se dessa forma, pois se permite a partir dele seja criado um critério de suficiência probatória previamente conhecido das partes e do juiz.[407]

Deste modo, se bem construído, o instituto em análise permite submeter a decisão sobre os fatos a um juízo de crítica comum entre as partes e o magistrado.[408] Daí o porquê de se afirmar que, para decidir sobre os fatos de maneira justificada em um modelo de valoração racional da prova, aquele que tem a competência para tomar a decisão deve observar um modelo de constatação ou *standard* de prova.[409]

Para alcançar tal objetivo, deve-se evitar sejam os critérios de suficiência formulados a partir de elementos subjetivos ou estados mentais, tais como "apreciar

---

[404] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 204.
[405] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 67.
[406] VOLTAIRE. **Zadig ou o destino - história oriental - tradução de Paulo Neves**, Porto Alegre: L&PM POCKET, 2014. p. 26.
[407] GARCÍA, Edgar R. Aguilera. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica, cit., p. 175.
[408] KNIJNIK, Danilo. Os "Standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, cit., p. 16.
[409] VIALE DE GIL, Paula A. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, cit., p. 131. Nesta esteira, vale citar a seguinte ponderação de José Carlos Barbosa Moreira: "Evitem-se referências genéricas e não justificadas, do tipo 'a prova produzida pelo autor não convence'. Com isso, o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar por que não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogamente, quando o juiz afirma 'as alegações do réu não ficaram comprovadas', ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu (...)" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil: oitava série**, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121).

segundo sua consciência", "estar convicto sobre" etc.[410] Isso, pois o convencimento psicológico daquele que decide sobre um fato nada permite inferir sobre a verdade deste mesmo fato.[411]

Convém ainda destacar que a formulação da maior ou menor suficiência probatória também deve evitar ao máximo critérios vagos ou que permitam múltiplas interpretações.[412] Diz-se "ao máximo", pois, com exceção da hipótese em que o *standard* é fixado numericamente, haverá sempre um resíduo de vagueza próprio da linguagem.[413]

E aqui se impõe importante advertência: a subjetividade, ainda que mínima, própria de um modelo de valoração livre da prova, não deve conduzir à conclusão de que o *standard* de prova não pode ser utilizado no processo, sob pena de, ao fim e ao cabo, afastar-se um critério minimamente objetivo, muito embora não perfeito, por uma decisão puramente subjetiva do julgador.[414] O que se propõe é apenas criar um critério por meio do qual o juízo sobre os fatos pode ser formado e submetido ao contraditório.[415]

A grande questão que surge no ponto é: de que forma deve a menor ou maior exigência probatória estar prevista no Direito? Entende-se que em um contexto de *civil law* (como é o caso do Brasil[416]), o grau de suficiência probatória deve estar previsto em lei, tendo em vista que a distribuição de riscos sobre os erros da prova, no fundo, é uma decisão política e moral que cada sociedade deve tomar, segundo seu processo legislativo.[417]

Percebe-se, neste ponto, que a epistemologia pode cumprir relevante papel. Sem embargo, sublinha Jordi Ferrer-Beltrán[418] que a epistemologia, por si só, é incapaz de

---

[410] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 42.
[411] *Ibid*., p. 47.
[412] *Ibid*., p. 49.
[413] *Ibid*., p. 52.
[414] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos, cit., p. 606.
[415] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 37 e ss.
[416] Sem se olvidar, é claro, que os sistemas do *common law* e *civil law* há algum tempo, nos mais variados ordenamentos, têm passado por mudanças e inclusive convergido em vários aspectos. Sobre o tema: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 36, n. 199, set./2011. p. 140; REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, cit., p. 132; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes - Da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**, Londrina: Thoth, 2020. p. 58 a 60.
[417] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 204.
[418] *Ibid*., p. 118.

formular critérios de suficiência probatória, já que ela "nos serve para determinar o grau de probabilidade de que uma hipótese sobre os fatos seja verdadeira, mas nada nos diz sobre o ponto a partir do qual essa probabilidade é suficiente para que se aceite como verdadeira a hipótese".

O problema, em grande parte dos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como é o caso do brasileiro, é que não há, de modo geral, previsão expressa de *standards* probatórios.[419]

Não se quer dizer, com isso, que não haverá um critério de suficiência probatória por ocasião da decisão. Sempre haverá um critério de suficiência probatória, mas na ausência de sua previsão, corre-se o risco de que a maior ou menor suficiência probatória seja fixada segundo uma concepção puramente subjetiva por aquele que toma a decisão.[420]

Enfim, os diferentes critérios de suficiência probatória constituem importante tema na atividade instrutória, pois, sem qualquer discussão sobre o assunto, é provável que aquele que toma a decisão sobre os fatos formulará um grau de exigência probatória que estimar suficiente no caso concreto.[421]

4.4. Ônus da prova

Após o exame e aprofundamento dos *standards* probatórios ou modelos de constatação, busca-se com a presente seção aprofundar o entendimento sobre o ônus da prova.

De fato, se se entender que no caso concreto as provas produzidas não alcançaram o critério de suficiência probatória necessário para que uma hipótese fática se considere provada, surge a indagação sobre quem deve arcar com o prejuízo de uma instrução infrutífera. Trata-se justamente da seara de aplicação das regras de ônus da prova.

Cuida-se de conceito fundamental para o objetivo proposto, já que se relaciona com a natureza da conduta da administração por ocasião do processo administração (se

---

[419] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios, *in*: **Prova judiciária - estudos sobre o novo direito probatório. Coordenador: Danilo Knijnik**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163.
[420] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos, cit., p. 588.
[421] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 75.

ônus ou dever) e, ainda, se relaciona com vários temas pertinentes à prova do ato administrativo no processo civil, como é o caso da própria presunção de veracidade do ato administrativo.

Isto posto, no tema do ônus, parte-se da premissa que no processo as partes devem realizar certos atos ou condutas em um dado espaço e tempo que a lei processual determina se quiserem lograr êxito ao final.[422]

Entre os mais variados tipos de atos ou condutas a serem tomados no processo pelas partes, chama a atenção aqueles cuja realização é necessária para evitar um prejuízo ou consequência desfavorável. É nesse contexto que surge o tema dos ônus processuais.

Com efeito, a categoria de ônus é aceita atualmente pela maioria dos autores e, no fundo, remonta origem histórica antiga, mas é no século XX que de fato o debate se aprofundou e se consolidou.[423] A despeito de todo o já estudado, o tema ainda gera controvérsia no meio acadêmico e prático, notadamente no campo do ônus da prova.

O presente estudo não tem por finalidade trazer um esboço histórico completo do problema. Ao revés, será apresentada breve evolução histórica do instituto e as principais correntes para, em seguida, se expor o entendimento adotado.

4.4.1. Ônus e deveres processuais

Discute-se na teoria geral e nas ciências processuais sobre as distintas categorias processuais, entre elas, as categorias dos ônus e deveres processuais. Vale lembrar que o ônus não é matéria exclusivamente processual e, de fato, pertence ao campo da Teoria Geral do Direito[424], mas é no processo que o ônus parece ganhar mais notoriedade.[425] Constitui o ônus categoria jurídica que, conforme será visto a seguir, se amolda perfeitamente às necessidades de impulsionamento do processo.

Reconhece-se na doutrina que a primeira tentativa de teorização mais concreta sobre o ônus foi feita por Giovanni Brunetti, por meio da teoria do ônus como um "dever livre" ou "dever juridicamente qualificado".

---

[422] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 393.
[423] *Ibid*., p. 394 e 395.
[424] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**, 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 55.
[425] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 26.

Com efeito, o autor parte da premissa de que certas normas impõem aos sujeitos sua observância para que possam alcançar resultados favoráveis. Reconhece o autor ainda que aludidas normas, as quais denomina de "deveres livres" ou "deveres juridicamente qualificados", não constituem deveres jurídicos verdadeiros, dado que a sua não observância não leva a um ilícito.[426]

Em que pese o claro avanço trazido ao tema, notadamente sob o aspecto de que certas condutas previstas em norma, quando não observadas, não levam ao reconhecimento de um ilícito, aponta a doutrina que a teoria de Giovanni Brunetti tem pontos falhos.

A principal crítica que a doutrina faz à proposta de Giovanni Brunetti de um "dever livre" é a de que, ao fim e a o cabo, constitui um contrassenso[427], uma vez que a liberdade do indivíduo para dar ou não cumprimento a um dever não se trata propriamente de uma situação de liberdade, eis que o sujeito estaria, dentro dessa concepção de "dever livre", em verdadeiro estado de coação para cumprimento do dever.[428]

Em seguida, a doutrina traz a contribuição de Francesco Carnelutti[429] para o aprofundamento da distinção entre ônus e deveres. Com efeito, o autor parte da premissa de que três são as espécies de situações jurídicas processuais possíveis: as passivas, as neutras e as ativas; acresce o autor que tanto o ônus, como o dever, são situações jurídicas passivas vinculadas a certos interesses.[430]

Assim, para o autor italiano, corresponde o dever a uma subordinação de um interesse do obrigado a um interesse *alheio* imposto por meio de uma sanção jurídica; já o ônus constitui o exercício de uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse *próprio*.[431] Trata-se o ônus, assim, do exercício de um poder "necessitado", cuja não observância acarretaria uma espécie de sanção econômica, representada pela perda do efeito favorável tutelado pelo próprio ônus.[432]

---

[426] A teoria de Brunneti se encontra bem explicada nas seguintes obras: ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 398; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 21 e ss; RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 57 e ss.
[427] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 399.
[428] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, Santiago: Ediciones Olejnik, 2019. p. 73 e 74.
[429] CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**, 1. ed. São Paulo: ClassicBook, 2000. p. 116 e ss.
[430] *Ibid*., p. 120.
[431] *Ibid*., p. 119.
[432] *Ibid*., p. 121.

A teoria de ônus defendida por Francesco Carnelluti, em que pese também tenha trazido relevantes contribuições à teoria geral do ônus, igualmente sofreu críticas de parcela da doutrina. As principais críticas são: em primeiro lugar, uma sanção econômica está fora do campo do Direito, sendo certo ainda que o atingido por um dever pode ter também como fator psicológico principal para cumpri-lo o interesse próprio para se liberar dela e evitar as consequências negativas do descumprimento, inclusive de caráter econômico.[433] Para além disso, a distinção proposta não é suficientemente clara, sendo certo que mesmo no ônus, não há, em verdade, nenhuma necessidade jurídica, sob pena de não se distinguir do próprio dever.[434]

Destaca-se, ainda, a teoria do ônus, ou *l'onere di buona amministrazione*, sustentada por Raffaele Resta. O autor, no âmbito do Direito Administrativo, conclui por duas categorias distintas: o ônus jurídico, que constitui verdadeiro dever jurídico da administração frente a norma, e o ônus da boa administração, que representa um poder da administração para tutela do interesse público[435], se aproximando esse último, portanto, da figura de ônus atualmente aceita. Deste modo, o raciocínio do autor italiano é aproximar o ônus como um vínculo jurídico posto pelo Direito para a proteção do interesse público.

A teoria de Raffaele Resta, em que pese peque por se olvidar que o ônus também pode tutelar interesse próprio de seu titular[436] e, ainda, parece confundir ônus com competência discricionária, teve o mérito de deslocar o ônus de uma situação jurídica passiva para um poder.[437]

Com Leo Rosenberg e, posteriormente, Gian Antonio Micheli, a teoria do ônus alcançaria o entendimento aceito atualmente por parcela relevante da doutrina, como,

---

[433] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 78.
[434] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 404.
[435] Nas palavras do autor italiano: "In conclusione, l'ordinamento della Pubblica Amministrazione conosce due specie di oneri: l'onere giuridico, che è la posizione volontà amministrativa di fronte alla norma finale (regola finale incorporata o presupposta o riconosciuta come tale dalla norma giuridica) e l'onere di buona amministrazione, che rappresenta la posizione della volontà amministrativa di fronte alla direttiva di buona amministrazione. Il primo è un vero e proprio dovere giuridico, il secondo un dovere di buona amministrazione, avente rilevanza giuridica per gli effetti che la norma, sia pur limitatamente, gli ricollega" (RESTA, Raffaele. **L'onere di buona amministrazione**, Milano: CEDAM, Casa Editrice DOTT, 1939. p. 36).
[436] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 92.
[437] *Ibid*.

por exemplo, observado nas obras de Hernando Devis Echandia[438] e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico[439].

Com efeito, Leo Rosenberg[440] considera que o ônus constitui atividade voluntária cuja não realização pode implicar efeitos prejudiciais ao seu titular. Os efeitos prejudiciais, no entanto, não constituem sanção.[441] Ainda, pondera o autor que o ônus não constitui um direito ou um dever, mas tão somente a possibilidade de realizar certos atos.[442]

Gian Antonio Micheli[443], em sentido bastante parecido ao de Leo Rosenberg, coloca o ônus como um poder de agir livremente em benefício próprio. Cuida-se o ônus, na visão do autor, de uma necessidade prática de um agir livremente buscado pelo interessado.[444] Nesse caso, é lícito se abster de realizar o comportamento previsto na norma jurídica que veicula o ônus; o dever, ao contrário, implica sujeição ao seu titular e aplicação de uma sanção.[445] Conclui Gian Antonio Micheli[446] que o ônus da prova se traduz verdadeiramente em um critério de autorresponsabilidade processual das partes.

Das teorias de Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli apresentadas e adotadas no estudo, convém registrar os seguintes pontos: (i) o ônus não se trata de um poder necessário ou um dever atenuado, mas sim o modo de ser de uma faculdade própria[447]; (ii) o ônus implica uma atividade sempre voluntária e livre de qualquer sanção jurídica[448]; (iii) o ônus revela uma necessidade prática não qualificável juridicamente[449]; (iv) não se trata de um direito ou dever, mas a possibilidade de realizar certos atos.[450]

O dever, por outro lado, segue lógica totalmente contrária ao ônus: (i) o atingido pelo dever se encontra em estado de coação para cumpri-lo; (ii) o descumprimento do dever acarreta uma sanção jurídica; (iii) o dever revela uma necessidade jurídica de um determinado comportamento.[451]

---

[438] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 415.
[439] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 33.
[440] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 79.
[441] *Ibid*., p. 59.
[442] *Ibid*., p. 79.
[443] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 94.
[444] *Ibid*., p. 106.
[445] *Ibid*., p. 10.
[446] *Ibid*.
[447] *Ibid*., p. 105.
[448] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 411.
[449] *Ibid*.
[450] *Ibid*., p. 411 e ss.
[451] *Ibid*., p. 412.

Em que pese o ônus seja matéria da Teoria Geral do Direito, percebe-se que o aludido instituto encontra campo fértil de aplicação no processo, uma vez que a iniciativa das partes tem importância fundamental para a condução e conclusão da causa em tempo razoável.[452]

Variadas são as espécies de ônus processuais, mas chama atenção, dado o objeto do estudo, o ônus da prova, a seguir aprofundado. Reconhece parcela da doutrina que, ao fim e ao cabo, constitui um dos temas mais delicados e complexos da seara probatória do processo.[453]

4.4.2. Considerações iniciais sobre o ônus da prova

A tarefa do julgador no processo, segundo Leo Rosenberg[454], é tríplice: (i) em primeiro lugar, deve conhecer as disposições jurídicas aplicáveis ao caso concreto deduzido no judiciário; (ii) em seguida, deve correlacionar os enunciados fáticos apresentados pelas partes no processo com as hipóteses de incidência das normas que são base para os efeitos jurídicos perseguidos pelas partes; (iii) por fim, deve examinar a veracidade das afirmações apresentadas e proceder à conclusão do julgamento, com a aplicação das normas jurídicas no caso concreto.

Todavia, é natural que no decorrer do processo surjam dúvidas quanto à resolução das questões de direito e questões de fato objeto de controvérsia para a tomada de decisão.[455]

No que diz respeito à questão de direito, a dúvida é resolvida segundo a máxima *iura novit curia*, isto é, se o julgador está vinculado ao ordenamento, pressupõe-se o dever profissional de que conheça as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto.[456] Logo, para superar as lacunas, obscuridades ou contradições do ordenamento, pode se valer de técnicas que lhe são familiares.[457]

---

[452] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 71.
[453] Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 248; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 240.
[454] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 20.
[455] Como esclarece Sentís Melendo, o julgador, ao longo do processo, pode ter dúvidas. E vai além o mesmo autor: deve o julgador ter dúvidas se quiser alcançar uma conclusão correta (SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 434).
[456] SENTÍS MELENDO, Santiago. **El juez y el derecho (iuria novit curia)**, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957. p. 42.
[457] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**, São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73.

No entanto, para conhecimento das questões fáticas, o julgador se vale dos meios de prova, de modo que eventual dúvida sobre a veracidade das afirmações de fato trazidas ao processo não é facilmente superável.[458-459]

Agrava a situação o fato de que a dúvida sobre a questão fática não pode prolongar o processo indefinidamente.[460] Deveras, por exemplo, no âmbito da pesquisa científica, a incerteza também é frequente, podendo por vezes a solução ser prorrogada até o amadurecimento científico da questão[461], o que não pode ocorrer com o processo.

Três são os caminhos possíveis para solucionar o impasse: (i) pode o ordenamento autorizar o juiz a se abster de qualquer pronunciamento sobre o mérito; (ii) outra possibilidade é o ordenamento autorizar o juiz a decidir segundo sua íntima convicção; (iii) por último, pode o ordenamento distribuir entre as partes os riscos inerentes à ausência do êxito da prova.[462]

Já passou o tempo em que se franqueava ao julgador a possibilidade de deixar de julgar a questão em razão de dúvida insuperável sobre os fatos, pois atualmente os ordenamentos, de maneira geral, não permitem a pronúncia do *non liquet*.[463] Também não se permite mais o julgamento por íntima convicção, na medida em que vige na maioria dos ordenamentos o modelo do livre convencimento motivado ou da persuasão racional como regra geral.[464]

Daí surgir a aplicação da regra de ônus da prova para a solução de dúvida sobre questões de fato. Trata-se de regra intuitiva no processo, de tal modo que, mesmo em ordenamentos sem previsão expressa para seu uso, como na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência a aplicam regularmente, por entenderem que a regra de ônus decorre do próprio plano material.[465]

---

[458] *Ibid*.
[459] Vale lembrar que a dúvida sobre as questões de fato no processo podem surgir em duas hipóteses: ausência total de provas produzidas no processo ou falta de provas suficientes para esclarecer a questão de fato (MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 82).
[460] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 258.
[461] *Ibid*.
[462] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**, cit., p. 74 e 75.
[463] SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 434.
[464] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 92.
[465] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 83.

Não à toa, Leo Rosenberg[466] considera o tema do ônus da prova como a espinha dorsal do processo, ao passo que Gian Antonio Micheli[467] aduz que as regras de ônus da prova são aspectos essenciais à função jurisdicional. Giuseppe Chiovenda[468], por sua vez, assinala que a regulação dos ônus da prova é um dos problemas vitais do processo.

Em que pese seja questão essencial para o Direito Probatório e para a conclusão de um processo, fato é que o tema do ônus da prova, ao longo da história, é bastante controverso.[469]

Considerando o objetivo proposto e a importância do ônus para a melhor compreensão da prova cível e o ato administrativo, vale ainda tecer algumas considerações sobre a questão.

4.4.3. Conceito de ônus da prova

Como visto, a tarefa de julgar nem sempre se desenvolve com um simples silogismo: por vezes, aquele que toma a decisão se vê diante de situação inconclusiva sobre questões de direito ou questões de fato.

O esclarecimento da questão fática demanda solução por meio das provas. Por conseguinte, na hipótese em que a instrução se revele infrutífera, o Direito reserva ao magistrado regras jurídicas voltadas a solucionar a dúvida sobre as questões fáticas.

Cuida-se das regras de ônus da prova, as quais se voltam justamente para permitir que o magistrado supere a dúvida sobre a questão de fato em desfavor daquele que não provou determinado enunciado fático cujo ônus lhe competia. Em outras palavras, as regras de ônus da prova constituem regras de exigência prática, previamente estabelecidas e de conhecimento de todos, para superar a pronúncia do *non liquet*.[470]

Nesse caso, pouco importa o motivo da dúvida, ou seja, pouco importa se a parte foi inativa ou que a tentativa do julgador de esclarecer a questão fática tenha sido em vão: o fato de haver dúvida sobre as afirmações de fato relevantes ao processo faz necessário o uso das regras sobre o ônus da prova.[471]

---

[466] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 80.
[467] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 25.
[468] CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 248.
[469] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 19.
[470] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 247.
[471] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 31 e 32.

À luz disso, constitui a regra de ônus da prova, ao menos sob uma perspectiva objetiva, de regra de julgamento que indica ao julgador como deve decidir naquelas hipóteses em que as afirmações de fato não foram suficientemente corroboradas por provas.[472]

Percebe-se que a regra de ônus da prova não distribui exatamente a prova, mas sim as consequências da ausência ou insuficiência de provas que corroborem determinada afirmação de fato.[473] Ou seja, consoante apontam Allen e Callen[474], as regras de ônus da prova acabam por realocar os riscos da prova no processo, permitindo-se determinar o perdedor naquelas hipóteses em que nenhuma das partes logrou êxito em comprovar as afirmações de fatos trazidas ao processo.

Deste modo, conclui-se que a aplicação das regras de ônus da prova somente surge quando uma alegação de fato discutida não foi aclarada e é importante para a existência da relação jurídica debatida ou da aplicação da norma jurídica no caso concreto.[475]

Seja como for, a aplicação da regra de ônus da prova não se confunde com a etapa de valoração da prova. Cuida-se de etapas distintas, conforme bem aponta Jordi Ferrer-Beltrán[476], a partir dos seguintes momentos da prova: (i) em um primeiro momento, mediante requerimento das partes ou de ofício, forma-se um conjunto de elementos de juízo para corroborar ou refutar as hipóteses fáticas formuladas; (ii) em seguida, valoram-se os elementos probatórios formados no processo; (iii) por fim, toma-se a decisão sobre os fatos. Deste modo, a regra de ônus da prova, ao menos enquanto regra de julgamento, surge no terceiro momento citado, e desde que, a partir do segundo momento (valoração das provas), remanesçam dúvidas sobre as questões fáticas relevantes para a conclusão do processo.

4.4.4. Ônus da prova: aspectos subjetivo e objetivo

---

[472] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 424.
[473] *Ibid*., p. 445.
[474] ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. Internacional Journal of Evidence and Proof. The Juridical Management of Factual Uncertainty, v. 7, 2003, p. 5.
[475] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 24.
[476] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 62, 67 e 70.

A teoria do ônus da prova, notadamente no século XX, desenvolveu-se em torno de dois aspectos do ônus da prova: o aspecto subjetivo e o objetivo.[477]

Em sua origem, reconhecia-se no ônus da prova uma norma de conduta direcionada às partes, assinalando-as quais fatos deveriam ser provados em cada processo com a finalidade de se obter uma decisão favorável.[478]

Em outras palavras, o aspecto subjetivo do ônus da prova constitui uma regra de conduta que determina quais são os enunciados fáticos que cada parte deve provar no processo.[479]

Com o passar do tempo, o caráter subjetivo do ônus da prova foi cedendo espaço ao seu aspecto objetivo, em que passou a se reconhecer uma regra de julgamento voltada ao julgador com o objetivo de impedir a pronúncia do *non liquet.*[480]

De fato, em razão do surgimento do princípio da comunhão das provas, do livre convencimento motivado ou persuasão racional e do aumento dos poderes instrutórios do julgador, diminuiu a relevância sobre discutir qual das partes deve provar certa alegação de fato para lograr êxito no processo.[481] A regra de ônus, sob o aspecto objetivo, prescinde de qualquer atividade das partes.[482] Como afirma Joan Picó i Junoy[483]: "é irrelevante discutir através de que sujeito foi incorporada ao processo".

Em outras palavras, independentemente da parte que produziu a prova, ou, ainda, se a prova foi produzida em razão de determinação *ex oficio*, aquele que decide deverá se valer de todas as provas produzidas para a tomada de decisão. Daí o porquê de se afirmar, na esteira de Gian Antonio Micheli[484] e Leo Rosenberg[485], que a essência do ônus da prova é o seu caráter objetivo.

Seja como for, a doutrina se divide sobre se ainda existe ou não uma perspectiva subjetiva do ônus da prova ao lado do seu aspecto objetivo. De um lado, a favor dos

---

[477] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 149.
[478] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 427.
[479] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 162.
[480] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 429.
[481] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 116.
[482] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 40.
[483] PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova - Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 102.
[484] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 115 e ss. O autor, no entanto, prefere a denominação *regra de juízo* ou *julgamento* ao invés de *ônus da prova objetivo.*
[485] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 37.

aspectos subjetivos e objetivos do ônus da prova, tem-se: Aroca[486], Buzaid[487], Mitidiero[488], Carpes[489], Cambi[490] , Macêdo e Peixoto[491] e Miranda Netto[492]. De outro lado, pela defesa apenas do aspecto objetivo do ônus da prova, ou ao menos de sua forte preponderância sobre o aspecto subjetivo, tem-se: Melendo[493], Pontes de Miranda[494], Echandia[495], Ferreira[496], Pacífico[497] e Reichelt[498].

No estudo, alinha-se ao entendimento no sentido de que a essência do ônus da prova, atualmente, reside no seu caráter objetivo. No entanto, reconhece-se que o próprio sentido objetivo do ônus da prova gera a necessidade de que as partes tenham que se comportar de determinada maneira no processo para alcançar resultados positivos.[499]

Na esteira de Leo Rosenberg[500], a circunstância de eventual dúvida sobre as afirmações fáticas discutidas pode acarretar a perda em um processo para uma das partes, o que leva à necessidade de que esta parte se esforce ao máximo para aclarar a situação de fato discutida e assim evitar um resultado desfavorável. Semelhante raciocínio é defendido por Luiz Eduardo Boaventura Pacífico[501], segundo o qual o risco da insuficiência probatória acaba por se projetar sobre as partes, estimulando-as à produção de provas.

---

[486] AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 114 e ss.
[487] BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 57, p. 113–140, 1962. p. 130.
[488] MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista do TST**, v. 78, n.1, p. 67–77, jan/mar, 2012. p. 73 e 74.
[489] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 40 e ss.
[490] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 163.
[491] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 87.
[492] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 139 e 140.
[493] SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 126.
[494] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 270.
[495] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 427.
[496] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 253. Todavia, vale ressaltar que o autor em seguida faz a ressalva no sentido de que o ônus da prova em seu aspecto subjetivo é inadequado ou "(...) no mínimo, tem seu papel atenuado".
[497] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 142.
[498] REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 343. Vale esclarecer, de todo modo, que o autor propõe uma releitura da ideia de ônus, à luz de um conceito da prova como argumento.
[499] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 427.
[500] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 32.
[501] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 142.

Percebe-se que o aspecto subjetivo do ônus constitui mecanismo para gerar pressão psicológica nas partes para a produção de provas no processo.[502] Não à toa, Michele Taruffo[503] entende existir uma função epistêmica do ônus da prova, ainda que não seja das mais efetivas, à medida que acaba por estimular as partes a produzir provas com a finalidade de evitar as consequências desfavoráveis no processo.

4.4.5. A quem incumbe o ônus da prova

O ponto crucial e que até hoje levanta muitas dúvidas no tema em tela diz respeito à repartição do ônus da prova entre as partes do processo. No fundo, a controvérsia doutrinária se cinge em criar um critério geral e confiável que possa ser aplicado em qualquer situação, independentemente da matéria jurídica invocada no processo.

De fato, vários são os critérios trazidos pela doutrina ao longo da história. Tem-se, entre outros critérios, os seguintes: (i) o critério que impõe a quem afirma o ônus da prova, segundo a máxima *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* e suas diferentes variações ao longo do tempo, no sentido de que ao autor cabia a prova de suas afirmações e não negações; ou ao autor cabia a prova da pretensão e ao réu a prova da exceção (Direito Romano[504]); (ii) o critério da facilidade da prova (Bentham[505]); (iii) o critério da normalidade, no sentido de que cabe o ônus da prova a quem alega um fato ou circunstância anormal, porque o normal se presume (Fitting[506], Lessona[507],

---

[502] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**, cit., p. 75.
[503] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 260.
[504] Embora não seja o critério adotado pelo autor, é explicado em SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 95. Segundo o autor, a máxima foi interpretada de várias formas no próprio Direito Romano e ao longo do tempo, servindo de pedra angular para o estudo do ônus da prova. Foi assim inclusive interpretada de maneira literal, no sentido de que ao autor cabia apenas a prova de suas afirmações, mas não as negações (*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* e *affirmati non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*) e também foi interpretada no sentido de que ao autor cabia a prova de sua pretensão e ao réu a prova de sua exceção (*reus in excipiendo fit actor*).
[505] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 257 e ss.
[506] Conforme explica Luiz Eduardo Boaventura Pacífico: "Para Fitting, todas as normas se comportam desse modo, como agentes e reagentes, podendo-se chamá-las de normas-regra e normas-exceção. (...). Ou seja, determinada relação de fato considerada normal, regular, consubstanciada o pressuposto fático de uma norma-regra. As situações divorciadas da normalidade, ao contrário, regulam-se pelas normas exceção" (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 88).
[507] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, cit., p. 181 e ss.

Malatesta[508] e Bonnier[509]); (iv) o critério da natureza constitutiva, extintiva ou modificativa dos fatos (Chiovenda[510] e Amaral Santos[511]); (v) o critério do interesse, no sentido de que compete à parte o ônus de provar quando a ela houver o interesse em afirmar um fato (Carnelutti[512]).

Aponta parcela da doutrina que as soluções anteriores não foram capazes de resolver todos os problemas que podem surgir ao longo do processo, já que: (i) revela-se demasiadamente pesado ao autor, no processo, ter que provar todos os fatos que embasam sua pretensão, para além de ser um critério incompleto e insuficiente[513]; (ii) também se afasta a ideia de que o ônus da prova incumbe a quem propõe proposições afirmativas, já que, para além de ser difícil distinguir uma proposição afirmativa de uma negativa, pois, no fundo, são modalidades redacionais, fato é que também as proposições negativas podem ser provadas no processo[514]; (iii) o critério da facilidade da prova, ao menos como regra geral, pode se revelar como arbitrário, haja vista que nem sempre se apresenta de maneira clara qual das partes tem mais facilidade ou melhores condições para provar uma dada questão fática[515]; (iv) o critério da normalidade e do interesse são critérios incertos, haja vista ser difícil precisar no caso concreto o que é *normal* ou que é de *interesse* das partes[516]; (v) o critério da natureza do fato, embora seja considerado um critério mais avançado que os anteriores, é incapaz de

---

[508] MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, cit., p. 131 e ss.

[509] BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo I**, cit., p. 19. Vale deixar claro, no entanto, que o autor acolhe em realidade uma variação do critério da normalidade, mas que ao fim e ao cabo, traz resultado igual. De fato, traz o autor um critério de *novidade* que traduz a mesma ideia de normalidade, senão vejamos trecho de sua obra: "En una palabra, el que alega un hecho nuevo contrario a la posición que adquirió su adversario, debe probar la verdad de este hecho".

[510] CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 249. Convém consignar, todavia, que o autor entende que o critério da normalidade pode nortear a diferença entre o que é constitutivo, extintivo e modificativo.

[511] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 125.

[512] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol I - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, cit., p. 344 e ss.

[513] Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 250; ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 455 e 456.

[514] Como pondera Eduardo Couture: "las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa (...)" (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 247). Em sentido semelhante AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onere della prova**, cit., p. 104; ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 456.

[515] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, cit., p. 178.

[516] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 339.

resolver todos os casos que possam se apresentar, já que é possível vislumbrar ter o autor que provar em alguns casos fatos extintivos ou a própria violação do direito e o réu ter que provar fatos constitutivos[517]; demais disso, há dificuldade em se diferenciar fatos constitutivos dos fatos impeditivos, já que os fatos impeditivos no fundo se manifestam como pressupostos negativos do fundamento do direito.[518]

Aponta parcela relevante da doutrina que em oposição aos critérios acima trazidos, parece ser o mais completo o critério elaborado por Leo Rosenberg[519], o qual seria posteriormente aperfeiçoado por Gian Antonio Micheli[520], e é adotado, por exemplo, embora com alguma variação ou outra na sua formulação, por Ricci[521], Echandia[522], Augenti[523], Couture[524], Guasp[525], Arazi[526], Aroca[527], Pacífico[528], Buzaid[529] e Carpes[530].

---

[517] Como pondera Hernando Devis Echandia, há exceções a tal regra: "Razón evidente asiste a las críticas anteriores, y para confirmarlas basta recordar que el poseedor sin título, el deudor y cualquier sujeto pasivo de una relación jurídica sustancial, puede demandar para que se declare extinguida la propiedad que era del demandado o su derecho, o para impugnar un estado civil, etc., alegando como fundamento de su demanda hechos impeditivos o extintivos, cuya carga de la prueba le corresponde (...). A más de esto, un hecho puede ser constitutivo para el derecho pretendido por una parte y extintivo respecto del alegado por la otra, como ocurre con la posesión material de bienes ajenos, pues para el poseedor es constitutiva de propiedad, si cumple los requisitos legales, y para el anterior propietario, extintiva de su derecho" (ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 469). É também a opinião de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico: "embora possa ser considerada válida para a maioria dos casos, alguns autores demonstraram a sua insuficiência como regra de alcance geral, comportando diversas exceções" (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 103). Convém registrar ainda o entendimento de Sergio Chiarloni: "El art. 2697 norma de aparente claridad es a menudo de dificilísima interpretación. En el sentido que, con frecuencia, no existe un criterio conceptual seguro para atribuir a un hecho la calificación de constitutivo, o bien por el contrario la calificación de impeditivo" (CHIARLONI, Sergio. La verdad tomada en serio, cit., p. 189). Consigna-se ainda o entendimento de Gladis E. Midón e Marcelo S. Midón no mesmo sentido: "No obstante el avance que la teoria de Chiovenda importa en relación a las reglas sentadas por los aforismos empíricos, se ha señalado la ambigüedad de la misma, ja que no existen categorías rígidas e hechos jurídicos, pudiendo el mismo hecho ser constitutivo, impeditivo o extintivo, según sea el efecto jurídico perseguido por quien lo afirma" (MIDÓN, Gladis E. de; MIDÓN, Marcelo S. **Manual de derecho procesal civil**, cit., p. 317). Na mesma quadra esclarece Roland Arazi sobre a classificação dos fatos constitutivos, extintivos e modificativos para atribuição do ônus da prova: "(…) se há señalado que ella no contempla todos os casos posibles; por ejemplo, si mediante una pretensión de sentencia meramente declarativa, el actor demanda para que se declare prescripta la obligación, él tendrá la carga de probar el hecho extintivo en que funda su pretensión (ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 100).

[518] Conforme sublinha Leo Rosenberg: "Es posible que en un proceso por un derecho *distinto;* la relación de las normas sea diferente; la norma que es constitutiva en uno puede en el otro surtir efecto excluyente como fundamento de un contracrédito con que se pretende compensar; ·la norma que es .impeditiva o destructiva aquí puede ser constitutiva de la demanda allí" (ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 127). Em sentido semelhante, as seguintes doutrinas: ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 471; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 105.

[519] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 123.

[520] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 313 e ss.

[521] RICCI, Francesco. **Commento al codice di procedura civile italiano - Vol II - Delle prove, delle sentenze e dei mezzi per impugnarle**, 7. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895. p. 8 e ss.

[522] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 480.

Trata-se, como será visto, de critério que no fundo reflete a antiga máxima *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* em sua acepção original (o ônus da prova recai sobre quem afirma ou alega), e que, por sua vez, reflete a premissa de um discurso racional.[531]

Com efeito, sustenta Leo Rosenberg[532] que compete a cada parte provar os pressupostos da norma que lhe é favorável, ou seja, da norma cujos efeitos jurídicos redunda em seu proveito.

A seu turno, Gian Antonio Micheli[533], de maneira semelhante (em que pese teça críticas ao autor anteriormente citado), pondera que o ônus da prova deve ser distribuído segundo à posição das partes com relação ao efeito jurídico perseguido por cada qual no processo. Acresce o autor que a relação entre as partes e os efeitos jurídicos perseguidos é regulada pelo plano material, que disciplina as hipóteses de incidência formuladas no processo; mas, segundo o mesmo autor, também é regulada pelo plano processual, na medida em que a parte deduz concretamente em juízo uma demanda própria.[534]

Das teorías de Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli, sintetiza Hernando Devis Echandia[535] o seguinte critério: "corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya

---

[523] AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onere della prova**, cit., p. 228.
[524] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 222.
[525] GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, cit., p. 34 e 35.
[526] ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 104.
[527] AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 119.
[528] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 112.
[529] BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova, cit., p. 137 a 139.
[530] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 36 a 38. O autor deixa claro, no entanto, que "o Código de Processo Civil brasileiro, ao determinar que incumbe ao autor o ônus da prova os fatos constitutivos do seu direito, nada mais faz do que preconizar a solução defendida por Rosenberg".
[531] Como esclarece Tercio Sampaio Ferraz Jr., um discurso é racional quando aquele que afirma ou fala tem o ônus da prova (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica - Ensaio de pragmática da comunicação normativa**, 5. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 19).
[532] Na dicção de Leo Rosenberg: "cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (= de la norma cuyo efecto jurídico redunda em su provecho)" (ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 123).
[533] Esclarece o autor que: "(…) la distribución de la carga de la prueba parece establecida principalmente por la posición, ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido: tal relación está determinada por el derecho substancial, en cuanto este última disciplina la hipótesis legal, por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral, adoptado por cada una de las partes en el proceso, esto es, la situación procesal puesta en práctica por la parte, la cual formula una propria demanda en juicio" (MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 431).
[534] *Ibid*.
[535] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 490.

petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable".

Sustenta ainda Hernando Devis Echandia[536] que a teoria em tela tem a vantagem de ser um critério que abrange mais casos que os anteriores, na medida em que: (i) afasta a conclusão de que negações não podem ser provadas pelo autor; (ii) não coloca exclusivamente o critério da distribuição baseada na posição das partes no processo, em que pese esta seja considerada importante; (iii) não repousa exclusivamente nos critérios de fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos.

A respeito da posição processual da parte, esta interessa à teoria adotada para se conhecer por qual motivo persegue o efeito jurídico desejado no processo: se para impor suas consequências ao adversário ou para se opor aos efeitos reclamados por este.[537]

Demais disso, os critérios em tela revelam uma profunda integração entre os planos processual e material, já que, ao fim e ao cabo, a regra de ônus da prova será estabelecida de acordo com o plano material e a pretensão concretamente deduzida no processo.[538-539] Revela também que a distribuição do ônus da prova não pode ser feita apenas abstratamente, pois é indispensável se levar em conta a estrutura concreta do processo a partir das demandas deduzidas pelas partes em juízo.[540]

Parece, por exemplo, ser o critério adotado, ao menos parcialmente, no processo penal, quando dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal que: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)". Da mesma forma, o critério adotado, ainda que parcialmente, no art. 36 da Lei Federal n° 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da União, *in verbis*: "Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei".

Todavia, não se pode olvidar que o art. 373 do CPC/2015, com idêntica redação ao art. 333 do CPC/1973, revela a adoção expressa da teoria da natureza dos fatos para repartir entre as partes o ônus da prova, o que, por conseguinte, deve ser observado como regra no processo civil brasileiro.

---

[536] *Ibid*., p. 484.
[537] Nesse sentido: MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 485; ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 487.
[538] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 485 a 487.
[539] É também o entendimento de Andrea Proto Pisani, conforme o seguinte trecho: "La ripartizione dell'onere della prova fra attore e convenuto deriva dalla fattispecie sostanziale (…)" (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, cit., p. 444).
[540] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 125.

Sem embargo, não se enxerga óbice em se adotar as lições de Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli como forma de auxiliar a aplicação do art. 373 do CPC/2015, ou mesmo serem adotadas em situações em que a aludida teoria da natureza dos fatos não se encaixa perfeitamente.

Deste modo, concorda-se com Luiz Eduardo Boaventura Pacífico[541] sobre as teorias de Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli, quando conclui em sua obra que: "as conquistas da doutrina nesse campo não são contrárias ao art. 333 da Lei Processual pátria [CPC/1973]. Ao contrário, lhe são perfeitamente compatíveis e permitem a sua plena aplicação como regra geral".

4.5. Presunções

Após o aprofundamento das regras de ônus da prova, objetiva-se examinar as presunções no processo. Cuida-se de importante capítulo, à medida que constitui tema profundamente ligado ao ato administrativo, seja no âmbito material ou processual, a partir da presunção de legitimidade e veracidade do ato.

A presunção vem do latim *praesumption* (conjectura, ideia antecipada)[542], e é compreendida no Direito como o juízo do magistrado ou do legislador no qual se toma como certo ou provável um fato ou algo sem efetiva prova ou conhecimento do contrário.[543]

Na linha de Leo Rosenberg[544], ao menos duas são as possíveis classificações sobre o tema: de um lado, a classificação que separa as presunções de direito e de fato; de outro lado, aquela que separa as presunções de fato em legais e judiciais.

4.5.1. Presunções de direito e de fato

Em primeiro lugar, aborda-se a classificação que divide as presunções em presunções de direito e de fato. Cuida-se de classificação menos explorada pela doutrina[545], mas que tem relevância aprofundar para os fins ora almejados.

---

[541] *Ibid*., p. 130.
[542] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1088.
[543] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981. p. 693.
[544] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 233 e 262.
[545] Há inclusive quem negue às presunções de direito um caráter de "presunção em sentindo estrito". É o caso, por exemplo, de Gabriel Doménech Pascual, que ao tratar da presunção de legitimidade do ato administrativo, assim assinala: "Esta presunción envuelve varios aspectos paradójicos. El primero es que no estamos ante una verdadera presunción en sentido estricto. En el lenguaje jurídico las presunciones se

A classificação é trazida por Leo Rosenberg[546], que em sua obra separa as presunções legais de fato, que se referem à existência ou inexistência de um fato necessário para a produção de certo efeito jurídico, das presunções de direito, as quais se reportam a existência ou inexistência de um direito ou de uma relação jurídica.

Também Jerzy Wróblewski[547], Marina Gascón Abellán[548] e Roland Arazi[549] trabalham com a distinção em tela ao colocarem a presunção de direito como aquela que toma por existente uma certa situação jurídica; e a presunção de fato como aquela que toma por existente uma certa situação de fato. Embora sem trazer uma classificação pronta, parece Frederick Schauer[550] concordar com a distinção em tela, ao ponderar em sua obra que: "Most presumptions arise in the context of facts. But presumptions can be legal as well as factual. Consider the structure of American equal protection doctrine, for example. (...) Here the question is one not of fact but of law".

No ordenamento brasileiro, um exemplo de presunção de fato é a presunção legal prevista no art. 99, §3°, do CPC, *in verbis*: "Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural". Por sua vez, é exemplo de presunção de direito a presunção de constitucionalidade das leis.[551]

---

refieren a los hechos (…)" (PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, *in*: **Los principios jurídicos del derecho administrativo. Diretor Juan Alfonso Santamaría Pastor**, Madrid: La Ley, 2010. p. 1032).

[546] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 238.

[547] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, *in*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**, Bruxelles: Émile Bruylant, 1974. p. 49. Destaca o autor, no entanto, que há controvérsias na doutrina sobre a existência de tal categoria, conforme o seguinte trecho: "L'opposition entre le fait et le droit est d'ailleurs moins claire qu'on ne le suppose au premier coup d'œil. Or, il n'est pas surprenant que dans le théorie il y ait en cette matière des divergences profondes, y compris les tendances à réduire toutes les présomptions ou aux présomptions de droit ou aux présomptions de fait".

[548] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 139.

[549] ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 66.

[550] SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**, Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 228.

[551] Como esclarece Víctor Ferreres Comella: "La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa. Para mostrar que se da esta incompatibilidad, el impugnante habrá de mostrar que la interpretación correcta del primer texto (el de la ley) contradice la interpretación correcta del segundo (el de la Constitución). Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley: in dubio pro legislatore" (COMELLA, Víctor Ferreres, **Justicia constitucional y democracia**, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 131).

Traz-se à tona a classificação em tela porque o ato administrativo se relaciona com os dois tipos de presunção: de um lado, a presunção de legitimidade do ato administrativo, que se trata propriamente de uma presunção de validade do ato (presunção de direito); e de outro lado, a presunção de veracidade, que se reporta como regra aos motivos de fato do ato (uma presunção de fato).

4.5.2. Presunções judiciais e legais

De outro lado, aborda-se a classificação das presunções em judiciais e legais, classificação que é tradicionalmente adotada pela doutrina processual. O que motiva a classificação é separar as presunções de um determinado fato criadas pelo juiz daquelas criadas pelo legislador.

4.5.2.1. Presunções judiciais

Constituem as presunções judiciais ou, ainda, presunções simples ou *hominis*, o resultado de um raciocínio em que, a partir de um fato provado ou conhecido, o julgador infere a existência de um fato não provado ou não conhecido.[552] Ou seja, constitui verdadeiro mecanismo no processo que, através de um raciocínio por inferências, pode colocar o juiz, por probabilidade, mais perto da verdade.[553]

Antes deixada de lado ou tratada como prova imperfeita, há algum tempo a doutrina e a jurisprudência tem dedicado seus esforços no estudo das presunções judiciais.[554]

Deveras, como já visto, o raciocínio empírico é incapaz de alcançar conclusões absolutas na seara probatória, de modo que o juiz sempre dependerá de instrumentos que permitam criar pontes entre as narrativas fáticas trazidas pelas partes, as provas produzidas no processo e a versão dos fatos adotada na decisão judicial.[555]

---

[552] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 122 e 123.

[553] Nesse ponto, vale citar a doutrina de Raymundo Gama: "In theoretical discourse, presumptions are statements of the form 'If A then presumably B' (...) Additionally, the function of these statements is to approximate to truth" (GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach, cit., p. 361).

[554] DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 59.

[555] PEIXOTO, Ravi. As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial. **Revista de Processo**, v. 320, p. 75–93, out./2021. p. 2.

Percebe-se que por constituir um raciocínio por inferências do juiz, as presunções judiciais não constituem propriamente um meio de prova[556] e prescindem de juízos legislativos prévios.[557]

Com a finalidade de facilitar o entendimento em torno do instituto em tela, o raciocínio que resulta na presunção judicial pode ser divido em três etapas: (i) a prova de um determinado fato base; (ii) a descoberta de um indício; (iii) e a aplicação das regras de experiência.

Na primeira etapa, tem-se a prova de um determinado fato (o qual denominaremos de fato base), que permitirá o conhecimento de outro fato não provado (aqui chamado de fato presumido).[558]

A partir da prova do fato base é que surge a importância do indício[559], ou seja, aquele rastro, vestígio ou circunstância e que, de modo geral, constitui todo fato conhecido que é suscetível de levar, mediante a realização de um raciocínio por inferência, ao conhecimento de outro fato desconhecido.[560]

Percebe-se que o indício constitui premissa do raciocínio que leva a presunção judicial[561] e verdadeira etapa intermediária, na medida em que se apresenta como ponto de chegada ao fato base provado e ponto de partida para o fato presumido.[562]

Com a prova do fato base e o indício, surge a importância das regras de experiência na presunção judicial. De fato, o raciocínio que resulta na presunção judicial, nos ordenamentos em geral, não possui previsão expressa na lei, dada a

---

[556] Nesse sentido: BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo II**, Mexico: Biblioteca de jurisprudencia, 1874. p. 235 e ss; LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc - Tomo I**, cit., p. 21; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57; ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 152.

[557] SCHMITZ, Leonard. **Presunções Judiciais - Raciocínio probatório por inferências**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 217.

[558] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 312.

[559] Como aponta Luis Munhoz Sabaté, a definição de indício é tema controverso na doutrina (SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, Barcelona: Editoral Praxis, 1967. p. 181). Deveras, exemplificativamente, Nicola Framarino Dei Malatesta adota o entendimento de que o indício é espécie de prova indireta (MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & Cª. (Filhos), 1927. p. 205). Por seu turno, Carlos Joseph Anton Mittermayer compreende que a presunção judicial e os indícios se confundem (MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc**, Madrid: Imprenta de la revista de legislacion, 1877. p. 360).

[560] DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 61.

[561] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 314.

[562] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, cit., p. 59.

dificuldade de se regular o que, no fundo, constitui um raciocínio do juiz[563], mas ao menos no caso brasileiro, há previsão legal expressa das regras de experiência (art. 375 do CPC).

Constituem as regras de experiência, na linha de Friedrich Stein[564], de regras gerais e abstratas com origem, a partir de um raciocínio indutivo, naquilo que o juiz ordinariamente observa ao longo de sua vida, por ser também um membro da sociedade.[565]

Embora bem aceita a definição acima, vale registrar a advertência de Michele Taruffo[566], no sentido de que variadas regras de experiência, no fundo, são generalizações ou senso comum que não são fruto de um raciocínio lógico.

Além disso, dado que no fundo as regras de experiência por vezes são formuladas por indivíduos que compartilham de experiências semelhantes, ou mesmo são formadas por experiências particulares, conclui Adrian Zuckerman[567] que várias dessas regras podem ser relativas em relação ao tempo e ao lugar em que são extraídas.

Seja como for, as regras de experiência possuem variadas funções no processo. Por exemplo, podem auxiliar o preenchimento de enunciados normativos e ainda permitem a valoração das provas pelo magistrado.[568]

Sem embargo, vale enaltecer no presente tópico sua finalidade de, junto com o indício, formar a presunção judicial, da seguinte forma: a regra de experiência (premissa maior), com o indício (premissa menor), a partir de um raciocínio por inferências, resulta na presunção judicial.[569]

José Carlos Barbosa Moreira[570] lança o seguinte exemplo para melhor ilustrar o raciocínio: “Se ficou provado, v.g., que nove meses antes do parto havia tido relações

---

[563] Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 473; VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile - Profili di teoria generale, cit., p. 26.
[564] STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**, 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999. p. 93.
[565] Ainda segundo a definição de Roland Arazi: “Son el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con el vivir” (ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 71).
[566] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 82.
[567] ZUCKERMAN, Adrian. No Justice Without Lawyers—The Myth of an Inquisitorial Solution. **Legal research paper series**, n. 66, p. 355–374, 2014. p. 362 e 363.
[568] No sentido de se entender que as máximas de experiência possuem várias funções: AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 69 e 70; PEIXOTO, Ravi. As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial, cit., p. 79.
[569] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**, cit., p. 63.
[570] *Ibid*.

sexuais com Tício, o juiz utilizará o seu conhecimento de que a gestação dura noves meses para inferir que Tício deve ser o pai da criança".

À guisa de conclusão, convém destacar que a presunção judicial se trata de instrumento valioso no cotiado judicial, mas cujo controle no processo não constitui tarefa fácil. Com efeito, por vezes o raciocínio que resulta na presunção judicial nem sequer é trazido pelo magistrado na decisão judicial.[571] Demais disso, no caso das regras de experiência, por vezes podem se revelar na verdade preconceitos do julgador sem qualquer base empírica[572] ou, ainda, dificilmente são identificáveis quanto a sua fonte ou origem, sendo certo que frequentemente expressam linguagem carregada de valores e, portanto, se revelam imprecisas.[573]

4.5.2.2. Presunções legais

Constitui a abordagem das presunções legais outra etapa do trabalho em que o plano material se relaciona profundamente com o processual, haja vista que, conquanto as presunções legais possam influenciar o ambiente probatório do processo, é o plano material quem as cria e define sua natureza jurídica.[574]

Consoante sublinha Leo Rosenberg[575], constituem as presunções legais regras jurídicas que presumem a existência de um fato, dentro de uma certa hipótese de incidência, que é exigido pelo Direito para a produção de um efeito jurídico. Ainda na esteira de Antonio Dellepiane[576], a presunção legal é um comando legislativo por meio do qual se ordena ter por estabelecido um fato, sempre que outro fato, indicativo do primeiro, haja sido comprovado suficientemente.

Foi dito acima que uma das características marcantes da presunção judicial é justamente o fato de prescindir de previsão legislativa para ser utilizada no processo. Daí o porquê de se sustentar a seguinte distinção entre as espécies em tela: as presunções legais, conforme o nome já sugere, dependem de previsão legal, de modo

---

[571] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, cit., p. 399.
[572] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 244.
[573] ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**, cit., p. 276 e 277.
[574] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 278 e 279.
[575] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 238.
[576] DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 107.

que nascem no plano material em razão de variadas razões de caráter político adotadas como relevantes pelo legislador e eventualmente podem repercutir no processo.[577]

Curioso notar que parcela importante de autores tece críticas sobre a tradicional classificação de presunções que as divide em legais e judiciais, como se observa na doutrina de Thayer[578], Rosenberg[579] e Chiovenda[580], Wróblewski[581] e Perelman[582].

Como adverte James Bradley Thayer[583], o que se tem com a presunção judicial é um raciocínio por inferências, enquanto na presunção legal há simples aplicação de uma regra legal pelo julgador, de modo que os raciocínios por trás do emprego de ambas são totalmente distintos.

Em linha semelhante, Giuseppe Chiovenda[584] aduz que a presunção legal tem por objetivo atribuir efeitos jurídicos a certos fatos, enquanto a presunção judicial tem por finalidade estabelecer uma relação de causalidade entre dois fatos (fato provado e o não provado).

Conclui assim Chaïm Perelman[585] que enquanto a presunção judicial é fundada em elementos de prova e na experiência do julgador, e se destina a formar a convicção do magistrado, a presunção legal não constitui elemento de prova. Pelo contrário, como aduz o autor: a presunção legal dispensa a produção de prova.[586]

Daí o porquê de Josep Aguiló Regla[587] distinguir as presunções legais e judiciais no discurso jurídico da seguinte forma: enquanto as presunções legais implicam no discurso jurídico um sentido de "é presumido", as presunções judiciais importam um sentido de "é presumível".

Seja como for, a doutrina habitualmente ainda classifica as presunções legais em relativas e absolutas. No que diz respeito às presunções absolutas, é comum se afirmar

---

577 ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, cit., p. 695.
578 THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**, cit., p. 545.
579 ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 246.
580 CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 247, 256 e 351.
581 WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 57.
582 PERELMAN, Chaïm. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, *in*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**, Bruxelles: Émile Bruylant, 1974. p. 340.
583 THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**, cit., p. 545.
584 CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**, cit., p. 247, 256 e 351.
585 PERELMAN, Chaïm. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, cit., p. 340.
586 *Ibid*.
587 REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales. **Novos Estudos Jurídicos (NEJ)**, v. 11, n.2, p. 201–218, jul-dez, 2006. p. 207.

que constituem espécies de presunções legais que não permitem prova em contrário para afastar a dita presunção.[588]

No entanto, em verdade, constitui a presunção legal de natureza absoluta simples técnica legislativa que se relaciona diretamente com o plano material.[589] Em outras palavras, a presunção em tela não se relaciona diretamente com o campo do Direito Probatório.[590] Trata-se a presunção absoluta, como aduz Foriers[591], de simples "artifício técnico" usado pelo legislador.

Para a compreensão da presunção legal absoluta, é preciso registrar inicialmente a tradicional proposta da dogmática analítica em decompor as normas jurídicas em hipótese de incidência e consequente jurídico.[592]

Assinala nesse sentido Geraldo Ataliba[593] que a hipótese de incidência da norma "(...) descreve os fatos que, se e *quando* acontecidos, tornam o comando atualmente obrigatório".

A partir daí, o que se busca com a presunção legal de natureza absoluta é, dentro de uma certa hipótese de incidência, tornar permanentemente desnecessária a ocorrência de um fato para a produção de certo efeito jurídico.[594]

José Carlos Barbosa Moreira[595] bem ilustra a situação:

> Suponhamos que, em regra, a existência ou a validade de certo ato, ou a produção de certo efeito, fique condicionada à concorrência dos elementos ou requisitos a, b e c, mas que, em alguma hipótese particular, quiçá para facilitar a satisfação de interesse julgado merecedor de mais forte proteção, queira o legislador dispensar um deles – c, por exemplo. Em vez de dizer que bastam a e b para que exista ou valha o ato, ou para que se produza o efeito, diz que, sob aquelas circunstâncias peculiares, se presume (de modo absoluto) a presença de c.

---

[588] GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach, cit., p. 352. Também Frederick Schauer, ao contrastá-las com a presunção legais relativas, conclui que: "irrebuttable presumptions are quite different. In structure They are similar to rebuttable ones, because an irrebuttable presumption also species the state of affairs that the law Will assume to exist (…). The burden of proof is not an issue, because the law simply does not permit you to try to rebut the presumption, even if it is totally false as to you" (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**, Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 226).

[589] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 166.

[590] Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 278; CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 277; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 84.

[591] FORIERS, P. Présomptions et fictions, *in*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**, Bruxelles: Émile Bruylant, 1974. p. 10.

[592] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, cit., p. 91.

[593] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26.

[594] PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, cit., p. 440.

[595] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, cit., p. 63.

Veja que, constituindo uma técnica legislativa que atua diretamente no plano material, parcela da doutrina também critica a classificação das presunções absolutas junto com as presunções relativas e as presunções judiciais.[596]

Mais do que isso, a presunção legal de natureza absoluta se torna desnecessária com a apuração da técnica legislativa, já que, na dicção de José Carlos Barbosa Moreira[597]: "a lei *não precisa* 'fingir' que se deu o fato *x* para atribuir os respectivos efeitos a qualquer fato diverso de x: entra na sua normal competência, quando assim o entenda (...) tratar igualmente situações desiguais".

De outro lado, ao contrário das presunções legais de natureza absoluta, as relativas constituem regras jurídicas que presumem determinado fato, dentro de uma hipótese de incidência, necessário à produção de certos efeitos jurídicos, enquanto não demonstrado que o dito fato se passou de modo diverso.[598]

Sob uma outra perspectiva, acrescenta Andrea Proto Pisani[599] que as presunções legais relativas também são técnicas legislativas que objetivam qualificar como impeditivos, ao invés de constitutivos, fatos que integram uma certa hipótese de incidência.

A presunção legal de natureza relativa tem profunda relação com o campo do ônus da prova. Na esteira do que sublinha Gian Antonio Micheli[600], as presunções ora tratadas são expedientes de técnica legislativa voltados a formular com mais clareza uma hipótese fática ligada a um dado efeito jurídico. Acrescem Jerzy Wróblewski[601] e Marina Gascón Abellán[602] que, no fundo, as presunções legais relativas são normas jurídicas que obrigam o julgador a reconhecer uma dada conclusão na presença de um fato ou estado de coisas e a ausência de prova contrária.

---

[596] Por exemplo, sustenta Josep Aguiló Regla que: "Pero el que ello sea así no lleva a considerarlas normas de presunción, porque, entre otras cosas, hacerlo supondría que la noción de norma de presunción quedaría totalmente desdibujada, pues la práctica totalidad de las normas jurídicas pasarían a ser normas de presunción (...)" (REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales, cit., p. 213). A inclusão da presunção absoluta dentro da classificação de presunções também é questionada em FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 316.
[597] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, cit., p. 56.
[598] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, cit., p. 694.
[599] PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, cit., p. 441.
[600] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 204.
[601] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 47 e 48.
[602] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 138.

Deste modo, as presunções legais de natureza relativa regulam a distribuição do ônus da prova, ou seja, constituem regras de julgamento que indicam ao juiz o conteúdo da sentença em certas circunstâncias específicas.[603]

Assim, adota-se no estudo, na esteira de José Carlos Barbosa Moreira[604], a conclusão de que a presunção legal relativa constitui regra especial de ônus da prova. Ou seja, a presunção em tela não importa necessariamente em inversão do ônus da prova, já que nada impede que convirja com as regras fixas de ônus da prova.[605-606]

De todo modo, convém ressaltar que a presunção de natureza legal não surge no vácuo: antes, para sua correta aplicação, exige que seja provado no processo o fato ou estado de coisas que leva à presunção.[607]

Logo, o que se nota, em termos práticos, é que a parte desfavorecida por uma presunção legal de natureza relativa tem duas alternativas no processo: demonstrar a inexistência do fato que deu origem à presunção ou, ainda, demonstrar a inocorrência do próprio fato presumido.[608]

Ponto relevante, e que demonstra a complexidade do assunto, diz respeito ao motivo pelo qual o legislador cria uma presunção legal relativa. Pondera Antonio Dellepiane[609] que o legislador, ao criar uma presunção legal, se apoia na existência de uma lei natural que a observação da realidade revelou, ou seja, nas palavras do autor: "la experiencia enseña que, dado tal hecho o indicio, otro cierto hecho con él vinculado debe tenerse como acaecido (...)".

---

603 *Ibid*., p. 139.
604 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, cit., p. 60.
605 *Ibid*., p. 61.
606 Parece ser em razão disso que Frederick Schauer sustenta o seguinte: "In some respects, a presumption is prior to but closely related to the burden of proof, because it is a presumption that typically establishes who *has* the burden of proof, independent of just how much that party needs to demonstrate in order to satisfy it. And it is the presumption that specifies what is to happen when the party with the burden of proof on some issue does not meet it" (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**, Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 224).
607 Como aduz Frederick Schauer: "Quite often presumptions do not operate on the basis of a clean slate but require a party to prove something, by virtue of which something else will be presumed" (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**, cit., p. 225). Também nesse sentido: BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo II**, cit., p. 253; MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria das provas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 79, 1984. p. 210.
608 Nesse sentido: AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onere della prova**, cit., p. 128; FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 319.
609 DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, cit., p. 108.

Todavia, entende-se que as razões para se criar uma presunção legal são das mais diversas. Por exemplo, consoante esclarece Mason Ladd[610], as presunções legais relativas são formuladas em razão das seguintes finalidades: (i) agilizar o julgamento; (ii) preservar certas inferências que estão de acordo com a probabilidade; (iii) servirem de meios especiais de acesso a certos fatos por uma das partes; (iv) preservar a conveniência social da consequência de um fato presumido.

Em linha parecida, Hernando Devis Echandia[611] sublinha que as referidas presunções são criadas com a finalidade de conferir segurança a certas situações sociais, políticas, familiares e patrimoniais reputadas relevantes pelo ordenamento.

De outro lado, Edmund M. Morgan[612] compreende que as referidas presunções são criadas em razão: (i) de lógica e experiência humana de certos acontecimentos que normalmente se reproduzem; (ii) de conveniência para o procedimento; (iii) para promover um resultado socialmente desejável.

De fato, variadas são as razões pelas quais um ordenamento prevê uma presunção legal relativa, de modo que, em nosso entender, o exame deve ser feito caso a caso, conforme será feito inclusive com a presunção de legitimidade do ato administrativo oportunamente no trabalho. Seja como for, o ponto que se quer ressaltar é que as presunções legais relativas, ao contrário das presunções judiciais, nem sempre são formuladas em razão da probabilidade de certos acontecimentos e tampouco aproximam o juiz da realidade.

Na linha do que ensina Gian Antonio Micheli[613], as presunções legais relativas configuram fenômeno mais amplo que a simples cristalização de regras de experiência. Podem, como aduz Leo Rosenberg[614], serem formuladas em razão de simples utilidade prática.

E mesmo naquelas hipóteses em que as presunções legais relativas cristalizam regras de experiência, também não se pode afirmar que colocam o juiz mais próximo da realidade. Afinal, por serem as presunções legais normas jurídicas que exprimem uma conduta ou um *dever-ser* (obrigam o julgador a reconhecer uma dada conclusão na

---

[610] LADD, Mason. Presumptions in Civil Actions. **Arizona State Law Journal**, p. 275–294, 1977. p. 280.
[611] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, cit., p. 695.
[612] MORGAN, Edmund M. Some Observations concerning Presumptions. **Harvard Law Review**, v. 44, No. 6, p. 906–934, abr./1931. p. 906.
[613] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 206.
[614] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 246.

presença de um fato ou estado de coisas e a ausência de prova contrária), não podem ser tratadas como descrição ou uma hipótese da realidade.[615]

De modo que as presunções legais relativas não têm por objetivo colocar o juiz mais próximo da verdade, diversamente das presunções judiciais, como bem destaca Josep Aguiló Regla.[616] Não por outro motivo, também sublinha Gian Antonio Micheli[617] sobre a presunção legal de natureza relativa que não tem por principal finalidade a formação da convicção do juiz.

Assim, constituindo regra especial de ônus da prova, objetiva a presunção legal relativa superar a insuficiência ou inexistências de provas[618] e, por conseguinte, realocar os riscos da prova no processo, determinando-se o perdedor naquelas hipóteses em que nenhuma das partes logrou êxito em comprovar os fatos do processo.[619]

Em outras palavras, a presunção legal relativa não reduz os erros cometidos na instrução. Pelo contrário, almeja redistribuir os erros probatórios entre as partes na hipótese em que a atividade instrutória restou infrutífera.[620]

Constituindo a presunção legal relativa um instrumento que não cuida de corroborar as questões fáticas objeto de discussão, e que, no fundo, é aplicada como qualquer outra regra jurídica[621], resultando na redistribuição dos erros probatórios entre as partes, forçoso concluir que deve ser utilizada como último recurso no processo, desde que se constate a insuficiência ou a inexistência de provas.

Todavia, ainda que não busque aproximar o juiz da verdade, conclui-se que se trata de mecanismo relevante para nortear o julgador para o encerramento do processo naquelas hipóteses em que a instrução probatória falhe.[622-623]

---

615 WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 51. Em semelhante sentido: ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 138.

616 Sem embargo, vale destacar que o autor em tela concorda com a classificação de verdade formal e material, não adotada na presente pesquisa. Nesse caso, entende o autor que a presunção legal relativa não busca nenhuma das duas verdades (REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales, cit., p. 206).

617 MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 204.

618 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, cit., p. 61.

619 ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. International Journal of Evidence and Proof. **The Juridical Management of Factual Uncertainty**, v. 7, 2003. p. 5.

620 LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 29.

621 ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 255.

622 ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**, cit., p. 145.

623 Vale, nesse sentido, registrar trecho da obra de Eduardo Bonnier: "No siempre es posible al hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso particular, y no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenerse. La estabilidad y el estado de las personas, la de las propiedades; finalmente, la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de

5. CICLO DE FORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: OS ASPECTOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

De modo geral, é correto afirmar que o ato administrativo não é produzido no vácuo. Ao contrário, na dicção de Adolf Merkl[624]: "toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo".[625]

Com efeito, a administração pública sempre se sujeitou a alguma forma de procedimentalização para a prática de seus atos: o processo de natureza administrativa, em verdade, é tão antigo quanto à própria administração pública.[626] Como pondera Carlos Ari Sundfeld[627]: "o processo é, em consequência, o modo normal de agir do Estado, sendo consequência direta da ideia de função". E acresce o mesmo autor: "a realização do processo é indispensável à produção ou execução dos atos estatais".[628]

De modo geral, o particular, na produção de seus atos e negócios jurídicos, não precisa observar uma disciplina processual específica, uma vez que tutela interesses próprios.[629] Diversamente ocorre com a administração pública, eis que, por desempenhar uma *função,* deve desenvolver suas atividades mediante um processo.[630]

---

intereses preciosos, obligan al legislador a tener por verdaderos gran número de puntos, que no están demostrados (…)" (BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo II**, cit., p. 250 e 251). Em desfavor do uso das regras de ônus da prova para conclusão do julgamento, no entanto, tem-se Jordi Nieva-Fenoll, Jordi Ferrer-Beltrán e Leandro J. Giannini, conforme defendido na obra, realizada pelos três autores mencionados em coautoria, denominada de: **Contra la carga de la prueba**, Madrid: Marcial Pons, 2019.

624 MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**, México, D.F: Editora Nacional, 1975. p. 279.

625 De modo semelhante, também é o entendimento compartilhado por Manoel Oliveira Franco Sobrinho, *in verbis*: "os atos administrativos são resultantes do procedimento administrativo" (SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 17).

626 GOWLAND ET AL, Héctor Pozo. **Procedimiento administrativo**, Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 153.

627 SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, p. 64–74, 1987. p. 67.

628 SUNDFELD, Carlos. **Fundamentos de direito público**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 173.

629 SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo, cit., p. 66. E nem se trata de afirmação absoluta, já que, como nos recorda Virgílio Afonso da Silva, há algum tempo tem se observado uma constitucionalização do Direito, inclusive do Direito Privado, o que tem provocado mudanças paradigmáticas em torno do entendimento dos institutos deste ramo (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, cit., p. 40). Por exemplo, no RE n° 158.215, o STF concluiu pela necessidade de observância do devido processo legal, inclusive de direito à defesa, para expulsão de associado de cooperativa.

630 SANDULLI, Aldo M. **Il procedimento amministrativo**, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964. p. 86 e 87.

Deste modo, o importante a ser compreendido é que o ato administrativo não se produz no vácuo: requer em geral para sua formação uma série de formalidades e outros atos intermediários próprios da função administrativa que, concomitantemente, guiam a tomada de decisão pela administração e constituem garantia ao administrado de que o exercício do poder não se dará de modo arbitrário.[631] Daí o porquê de Renato Alessi[632] ponderar que constitui o processo administrativo a própria noção dinâmica do ato administrativo.

De fato, há discussão na doutrina se todo ato administrativo, sem exceção, é precedido ou não de alguma espécie de processualidade administrativa. Concordam os autores, no entanto, que a grande maioria dos atos administrativos são precedidos de algum tipo de processualidade.[633] Daí a importância do tema do processo administrativo para os objetivos almejados no presente trabalho.

Em que pese se admita atualmente que é inerente ao exercício da atividade administrativa alguma forma de procedimentalização[634], o reconhecimento de um processo de natureza administrativa, como categoria jurídica autônoma, é recente.

Com efeito, por muito tempo se reconheceu que o processo era atividade restrita à seara judicial.[635] E isso ao menos por dois motivos: de um lado, em razão da concepção privatista do processo, em que a função jurisdicional se voltava sobretudo à defesa dos direitos subjetivos dos indivíduos, mormente de natureza privada; de outro lado, em razão da antecedência histórica do estudo do processo no âmbito da função jurisdicional.[636]

O cenário muda a partir do início do século XX, em que gradualmente se aceitaria uma processualidade ligada ao exercício das três funções estatais, com a criação de uma Teoria Geral do Processo.[637] Trata-se de conceber uma processualidade

---

[631] FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, 24. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1985. p. 254 a 255.
[632] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 283.
[633] Como anota Ricardo Marcondes Martins sobre o tema: "Um ato administrativo, quase sempre, exige a prévia prática de um ou mais atos jurídicos, administrativos ou não" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 263).
[634] Nesse sentido: GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo - Volume primo**, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970. p. 57; SANDULLI, Aldo M. **Il procedimento amministrativo**, cit., p. 14.
[635] FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada, *in*: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial - Coordenação de Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão**, Salvador: JusPodivm, 2007. p. 232.
[636] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 12 e 13.
[637] *Ibid*., p. 15.

como inerente ao Estado Democrático de Direito, a revelar a compreensão de um processo de natureza estatal.[638]

Deveras, no caso da função administrativa, o estrito cumprimento do princípio da legalidade invoca naturalmente a necessidade de observância de garantias e certezas para a atuação da administração, o que levou a doutrina a perceber que também no Direito Administrativo haveria de incorporar o processo para o exercício da atividade estatal.[639]

Entre os autores que inicialmente se debruçaram sobre o assunto, vale menção à Adolf Merkl. Com efeito, em sua obra *Teoria de Derecho Administrativo*, datada inicialmente de 1927, o autor parte da premissa que toda atividade humana se divide entre um caminho e uma meta; em seguida, pondera que toda atividade estatal, aí incluídos os atos administrativo, são metas que não se podem alcançar sem um determinado caminho.[640] Ao final, conclui o autor que: "Así, la ley es la meta a que nos lleva la vía legislativo, y los actos judiciales y administrativos son metas a que nos conducen el procedimiento judicial y el administrativo".[641]

Na Itália, digno ainda de menção o autor Aldo M. Sandulli[642], que em obra dedicada exclusivamente ao tema, há muito trata da importância do estudo da processualização na atividade estatal, ao mesmo tempo em que defende a existência de um processo jurisdicional, administrativo e legislativo. Dada a relevância, vale registro de trecho da obra do autor italiano:

> Per ciò si può affermare che nella normalità dei casi l'azione delle persone giuridiche pubbliche, e particolarmente dello Stato, si risolve in procedimenti giuridici. Alla decisione si perviene attraverso un serio procedimento di valutazione, di giudizi, di sindacati, compiuti per lo più da organi diversi, in ciascun dei quali si individua un particolare centro di interessi dell'ente. E tale specificazione di funzioni logicamente si rivela più perfetta, là dove più perfetta è l'organizzazione giuridica dell'ente, e cioè nello Stato di diritto. Il fenomeno è comune a tutte le funzioni dello Stato.[643]

---

[638] BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro - um terceiro enigmático**, cit., p. 102.
[639] SANTOFIMIO, Jaime Orlando G. **Acto administrativo - procedimiento, eficacia y validez**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. p. 118.
[640] MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**, cit., p. 278.
[641] *Ibid*.
[642] SANDULLI, Aldo M. **Il procedimento amministrativo**, cit., p. 7 e ss.
[643] *Ibid*., p. 14.

Nos Estados Unidos, Frank J. Goodnow[644], apontado como um dos autores que primeiro sistematizaram o Direito Administrativo nesse país[645], assinalava sobre a existência de uma necessária processualidade que a administração há de observar para lançar seus atos, inclusive de caráter genérico, no seguinte sentido: "En accomplissant ces actes, - d'un caractère général et d'un caractère spécial, - les autorités administratives doivent suivre une certaine procédure qui est indiquée dans la loi qui confère le pouvoir d'agir".

No cenário administrativista brasileiro, entre outros relevantes autores, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho é considerado importante doutrinador que defendeu pioneiramente a ideia de um processo administrativo para exercício da função administrativa. Pondera há muito o aludido autor que:

> (...) para a permanência da unilateralidade de um administrativo, é preciso todo um processo que se perfaz no encontro das vontades opostas, em contato para um mesmo fim (...). O procedimento, ou processo, na expressão legal ou técnica do vocábulo, é aqui a fórmula pela qual é aplausível a administração realizar as suas finalidades.[646]

Seja como for, atualmente já está bem assentada a existência de uma processualidade no âmbito administrativo, como se observa, para além dos autores acima citados, na doutrina de Carnelutti[647], Couture[648], Grinover[649], Dinamarco[650], Sundfeld[651], Medauar[652] e Nery[653].

E se ainda havia alguma hesitação, a Constituição de 1988 não deixa margem de dúvida sobre a existência também de uma processualidade de natureza administrativa, ao determinar, por exemplo, que aos litigantes, em processo administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5°, inciso LIV); e também ao assinalar que o servidor

---

644 GOODNOW, Frank J. **Les principes du droit administratif des Étas-Unis - traduction française par A. et Gastón Jèze.**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1907. p. 381.
645 ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, n. 95, p. 147–166, 2000. p. 161 e 162.
646 SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. Procedimento Administrativo e Direito. **Revista do Serviço Público**, v. 97, n. 4, p. 07–18, 1965. p. 10.
647 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 98.
648 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 8.
649 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 30.
650 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 68.
651 SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo, cit., p. 66.
652 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 14.
653 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**, 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.

público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (art. 41, §1° e inciso II).

Reconhecer uma processualidade no âmbito administrativo não implica afirmar que os processos judiciais, legislativos e administrativos são iguais: cada função tem um modo de exteriorização distinto.[654] Ao revés, reconhecer uma processualidade ampla entre as funções estatais, inclusive a administrativa, possibilita o estudo de aspectos comuns entre os mais variados tipos de processos.[655]

Conclui-se o tópico no sentido de que o processo administrativo é instrumento legítimo para conter o exercício da função administrativa. Cuida-se, assim, de instrumento jurídico pelo qual se viabiliza a atuação da administração pública perante o cidadão[656]. Deste modo, é concomitantemente um instrumento voltado ao exercício do poder, ao funcionamento da máquina administrativa e para assegurar as garantias e direitos fundamentais do próprio administrado.[657]

5.1. A distinção entre processo e procedimento administrativo

De modo geral, o termo processo, com origem no latim *procedere*, é associado a uma série de operações variadas e conectadas a um fim.[658] O termo também com frequência é ligado à ideia de proceder em direção a um objetivo a partir de um conjunto de atos.[659] Se fala, mesmo fora do âmbito jurídico, em processo químico, cirúrgico, de produção etc.

No âmbito jurídico, notadamente no processo judicial, se diz então que o processo é o conjunto de operações logicamente conectadas que se volta a tomada de uma decisão judicial.[660] O importante, nesse caso, é ressaltar que a decisão judicial não nasce de modo espontâneo: antes, decorre de uma sucessão de atos, a começar pela necessidade de que alguém retire o judiciário de sua inércia.[661]

---

[654] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 770.
[655] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 68.
[656] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 769.
[657] Nesse sentido: *Ibid*., p. 760; CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo Vol. II**, 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1290; CASSESE, Sabino. La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata. **Il Foro Italiano**, v. 116, p. 27–34, 1993. p. 27.
[658] CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. IV. Istituzioni di diritto processuale civile. Collana La Memoria Del Diritto**, Roma: Tre-press, 2019. p. 165.
[659] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil - Vol. I**, cit., p. 55.
[660] CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. IV. Istituzioni di diritto processuale civile. Collana La Memoria Del Diritto**, cit., p. 165.
[661] Nas palavras de Piero Calamandrei: "La nascita del provvedimento giurisdizionale non è nè spontanea nè istantanea: l'organo giudiziario non si muove da sè, se non c'è qualcuno che lo richieda e lo stimoli: e

As noções em torno de processo, notadamente no campo judicial, evoluíram ao longo no tempo, constituindo um dos principais debates a diferença que o processo poderia ter com outra expressão que muitos considerariam próxima, e até mesmo sinônima, de processo: o procedimento.[662]

É nesse cenário que se discute na presente seção a distinção entre o processo e procedimento no âmbito administrativo. De fato, cuida-se de discussão longe de estar pacificada na doutrina.[663]

A discussão se assemelha com as próprias distinções já propostas na ciência processual civil, as quais giraram em torno de compreender inicialmente a natureza do processo. Neste ramo, inúmeras concepções já foram formuladas, entre as quais se destaca o processo como contrato (Ulpiano e Pothier), quase-contrato (Arnault de Guényvau), relação jurídica (Bülow), situação jurídica (Goldschmidt), entre outras.[664]

Na seara do processo civil, a divisão entre processo e procedimento ainda toma contornos mais drásticos se considerada a necessidade de se alinhar as competências legislativas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em face do disposto nos artigos 22, inciso I e 24, inciso XI, ambos da CF[665], bem ainda a necessidade de tratar do tema dos pressupostos processuais de existência e validade do processo.[666]

---

la pronuncia della sentenza o la messa in opera della esecuzione forzata non segue immediatamente alla richiesta, ma prima che quel fine sia raggiunto occorre che siano compiuti numerosi atti susseguentisi in un periodo più o meno lungo di tempo, il complesso dei quali, considerati come un'unità in vista del fine che li ricollega, costituisce empiricamente il processo in senso giudiziario" (*Ibid*., p. 166).

[662] *Ibid*., p. 165.

[663] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 29. Convém registrar que a confusão terminológica entre institutos do Direito Administrativo para longe está de ser uma realidade apenas do *civil law*, como visto no trabalho com relação aos temas do ato administrativo e processo administrativo. Com efeito, aponta Bernard Schwartz sobre o Direito Administrativo dos Estados Unidos que: "The confusion of terminology in our administrative law is a natural result of the mannerin which that branch of law has developed. (…) The administrative process has not evolved according to a fixed plan. (…). The most significant attempt to define basic administrative-law terms is that made by the Federal Administrative Procedure Act of 1946" (SCHWARTZ, Bernard. Administrative terminology and the administrative procedure act. **Michigan Law Review**, v. 48, 1, p. 57–78, nov./1949. p. 57 e 58).

[664] As diferentes correntes são explicadas em CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 297 e ss; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**, cit., p. 170 e ss; MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria Geral do Processo**, cit., p. 80 e ss.

[665] Como anota Ricardo Marcondes Martins, os dispositivos em tela não tratam da competência para legislar sobre processo administrativo (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, São Paulo: Malheiros, 2015. p. 321).

[666] O termo *pressuposto processual* foi utilizado por Oskar Von Bülow, o qual inclusive defende a teoria do processo como relação jurídica entre partes e tribunal, conforme BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales - Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein**, Lima: ARA Editores, 2008. p. 1 a 9.

Seja como for, vários são os critérios para definir processo e procedimento encontrados na doutrina administrativista.[667] A iniciar por Jean Rivero[668], o autor apresenta o procedimento administrativo como aquele "conjunto das regras que regem a elaboração dos actos da administração activa" ao lado dos processos nos tribunais administrativos, ou seja, processos de natureza contenciosa dirimidos nos tribunais administrativos franceses. A distinção em tela, no entanto, parecer ter uma razão de ser não aplicável ao ordenamento brasileiro: o fato de que o ordenamento francês, ao qual se reporta Jean Rivero, ter adotado o modelo de jurisdição dual, ao passo que o brasileiro adotou o modelo de jurisdição una.[669-670]

De modo semelhante ao anterior, há ainda quem faça a distinção entre procedimento e processo segundo a função, caso em que o procedimento se destina à função administrativa e processo à função jurisdicional, critério este adotado por Pietro Virga[671], Juan Carlos Cassagne[672] e Roberto Dromi[673].

Outra parcela da doutrina se alicerça no critério da amplitude: de um lado, o processo administrativo constitui o conjunto de atos logicamente interrelacionados entre si caracterizados pela busca da realização de um fim determinado; já o procedimento constitui a espécie motora do processo, ou seja, o caminho que se deve seguir para obter o fim determinado[674], critério este adotado por Bandeira de Mello[675], Santofímio[676], Di

---

667 Por exemplo, em obra dedicada ao tema do processo administrativo, Odete Medauar apresenta nove critérios distintos que encontrou na doutrina (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 29 e ss).

668 RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, Coimbra: Almedina, 1981. p. 247.

669 TÁCITO, Caio. Contencioso administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, v. 133, p. 59–69, 1978. p. 64.

670 Sobre o início do modelo de jurisdição dual francês, esclarece Eduardo García de Enterría que: "Este régimen de lo contencioso-administrativo comienza originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato. (...) Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración, y respecto de este control montado por la Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan, podemos decir, al modo de un Ministerio público, de un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley y en interés de ésta" e acresce o autor que: "Hoy ya el recurso contencioso-administrativo no es un recurso montado desde dentro de la propia Administración y en su propio interés, sino que es un heterocontrol (valga el término), un control arbitrado por auténticos jueces" (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**, 8, p. 25–89, 2016. p. 33 e 34).

671 VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 228.

672 CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 513.

673 DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 759 e 815.

674 SANTOFIMIO, Jaime Orlando G. **Acto administrativo - procedimiento, eficacia y validez**, cit., p. 120.

675 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 495.

Pietro[677], Carvalho Filho[678], Nohara e Marrara[679], Moreira Neto[680], Ferraz e Dallari[681], Barreiros[682] e Miranda Netto[683].

De outro giro, há doutrinadores que, muito embora entendam que o procedimento é a modalidade ritual do processo, colocam este último como "relação jurídica", de modo que processo administrativo constitui a sequência de atos por meio da qual se desenvolve a relação processual. É o caso, por exemplo, de Egon Bockman Moreira[684].

Ricardo Marcondes Martins[685], inspirado por critérios normativos e critérios científicos próprios da Teoria Geral do Direito, também enaltece a ideia de relação jurídica, quando assinala que o processo:

> (...) é uma série ordenada de atos destinadas à prolação do ato final, ato conclusivo consistente numa decisão (concretização do exercício do poder estatal), e uma relação jurídica entre o Poder Público e os diretamente interessados na decisão, de modo que estes tenham instituída a seu favor uma série de situações jurídicas que lhe permitam influenciar o procedimento psicológico de escolha das alternativas próprio do ato de decidir.[686]

De outro lado, para o mesmo autor, o procedimento administrativo constitui a "série de atos administrativos autônomos, ordenados de modo que cada ato seja condição de regularidade do ato anterior, teleologicamente vinculados para a expedição do ato administrativo conclusivo, consistente numa decisão da Administração"[687], estabelecendo-se entre processo e procedimento, por conseguinte, uma relação de continente-conteúdo.

---

[676] SANTOFIMIO, Jaime Orlando G. **Acto administrativo - procedimiento, eficacia y validez**, cit., p. 120.
[677] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 697.
[678] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.
[679] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**, São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.
[680] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 176.
[681] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 56 e 57.
[682] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. p. 366 e 367.
[683] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 27.
[684] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.
[685] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 288 e ss.
[686] *Ibid*., p. 304.
[687] *Ibid*.

Hely Lopes Meirelles[688] segue distinção próxima à classificação ampla de processo e procedimento, mas acresce à definição de processo administrativo o elemento da controvérsia ou litígio. Acrescenta o autor, a partir de tal definição, que devem ser diferenciados os processos administrativos impropriamente ditos (simples expedientes) dos processos administrativos propriamente ditos, nos quais se observa a existência de controvérsia e, por conseguinte, a incidência das garantias constitucionais típicas do devido processo legal.[689] O critério em tela é utilizado por Fabiana del Padre Tomé[690] para diferenciar procedimento e processo administrativo tributário.

Demais disso, há o critério proposto por Elio Fazzalari[691], difundido no Brasil notadamente por Cândido Rangel Dinamarco[692]. Nessa esteira, o que diferencia o processo de procedimento é a presença ou não de uma estrutura processual dialética, ou seja, "o que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento (...)"[693], ao passo que o procedimento constitui "a sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final"[694], critério este seguido por Medauar[695], Bacellar Filho[696], Nery[697] e Justino de Oliveira[698].

O que se observa, por conseguinte, é que parece inexistir no cenário administrativista consenso sobre a distinção entre processo e procedimento administrativo.

No fundo, semelhante problema se passa em relação às definições de processo e procedimento administrativo e as definições de ato administrativo: não há definição legal expressa no ordenamento de processo ou procedimento administrativo, de modo

---

688 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 818.
689 *Ibid*., p. 819.
690 TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**, 3. ed. Rio de Janeiro: Noeses, 2011. p. 313.
691 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual - tradução da 8ª edição por Elaine Nassif**, Campinas: Bookseller, 2006.
692 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 77.
693 *Ibid*.
694 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 40.
695 *Ibid*.
696 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo, *in*: **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). Tratado de Direito Administrativo - Ato administrativo e procedimento administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 451.
697 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**, cit., p. 221 a 234.
698 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 135, jul/set, 1997. p. 275.

que, na esteira do já citado Celso Antônio Bandeira de Mello[699], nenhum autor pode reivindicar para si uma noção única.

Como acresce o mesmo autor, o que é preciso deixar claro ao leitor, em tais hipóteses, é "esclarecer preliminarmente de que objeto está tratando, deixando qual o campo da realidade que vai ser cogitado, no que esclarecerá o interlocutor a respeito daquilo sobre que versará o discurso científico".[700]

A princípio, toda definição deve se alicerçar na realidade jurídico positiva.[701] Daí o porquê de se afirmar que um conceito é cientificamente incorreto se contrariar o Direito positivo vigente.[702]

De outro lado, novamente identifica-se em Genaro Carrió[703] e Agustín Gordillo[704] que os conceitos jurídicos são úteis ou inúteis, de modo que suas vantagens ou desvantagens se orientam conforme o interesse que as guiam e a sua possibilidade de apresentar um campo de conhecimento de maneira mais facilmente compreensível.

Sendo um trabalho que objetiva investigar aspectos probatórios de uma tomada de decisão administrativa regida pelo Direito Público no processo civil, importa destacar atos administrativos produzidos segundo uma processualidade na qual se exige a presença de uma atividade probatória para esclarecimento de questões fáticas, inclusive naquelas hipóteses em que a sucessão de atos ocorreu apenas internamente na administração. Não se pretende, portanto, trazer com o presente estudo uma definição universal de processo administrativo.

Adota-se, assim, a definição ampla de processo administrativo, a qual se entende não violar o Direito positivo vigente, e que se acomoda aos objetivos pretendidos, ou seja, tratar de atos administrativos produzidos segundo uma processualidade administrativa na qual se observa a necessidade de produção de provas para o esclarecimento de questões fáticas. Segue-se a antiga lição de Franscesco Carnelutti[705], no sentido de que, sempre que um efeito jurídico não se alcançar com um único ato, mas

---

[699] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características, cit., p. 671.
[700] *Ibid*.
[701] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Atos administrativos**, cit., p. 25.
[702] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 84.
[703] CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**, cit., p. 99.
[704] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo I: Parte General**, 11. ed. Buenos Aires: FDA, 2013. p. I–24.
[705] Pondera o aludido autor que: "Especialmente, existe processo sempre que o efeito jurídico não se alcança com um único ato e sim por meio de um conjunto de atos quando cada um deles não puder deixar de se coordenar aos demais para obtenção de da finalidade" (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 98).

sim por meio de uma coordenação de atos para a obtenção de uma finalidade, se está diante de um processo.

Registra-se que com isso não se pretende afirmar que o contraditório tem pouca importância no tema do processo administrativo. Pelo contrário, como esclarece Egon Bockmann Moreira[706], o princípio do contraditório mantém vínculo íntimo com o próprio Estado Democrático de Direito, de modo que, segundo o mesmo autor: "no processo administrativo trata-se de uma das exteriorizações do direito de participação dos particulares frente à administração pública". Demais disso, como destaca Giovanni Tuzet[707], o contraditório, além de servir como um princípio processual, constitui também um método de indagação da verdade no processo, tendo, portanto, valor epistêmico.

De outro lado, convém ainda consignar que, conquanto grande parte dos atos administrativos decorram de uma processualidade na qual se observa a existência de relação jurídica processual, notadamente em razão de um princípio democrático de participação próprio à atuação estatal[708], é possível vislumbrar casos, ainda que excepcionais, nos quais a administração inicia processos ou toma decisões administrativas sem que se estabeleça uma relação jurídica processual[709], tomada de decisões essas nas quais se observa presente a anterior necessidade de produção de provas para esclarecimento de questões fáticas segundo uma processualidade.

Nesse aspecto, inclusive, o art. 29 da LINDB deixa claro que em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser

---

[706] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**, cit., p. 226.

[707] TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 211.

[708] Como pondera Cassio Scarpinella Bueno: "(…) a participação de outros entes, estatais ou privados, ao longo da preparação do ato estatal é inerente à forma de atuação de um Estado que, desde a Constituição Federal, diz-se democrático. Que 'deve-ser', portanto, democrático também no plano sensível da sociedade" (BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro - um terceiro enigmático**, cit., p. 105).

[709] É interessante notar que Ricardo Marcondes Martins (que entende que o processo é o procedimento acrescido de relação jurídica), faz destaque ao que denomina de "procedimento administrativo autônomo". Nesses procedimentos, há um ato final resultado de uma sucessão de atos concatenados no qual se observa a inexistência de relação jurídica processual. Como exemplo, o autor cita a efetivação de um depósito de honorários em processo judicial pela administração em razão de determinação do juízo. Nesse caso, a relação da administração e seus agentes para a efetivação do depósito, como observa o autor, seria decorrente de um vínculo estatutário e nada tem a ver com o expediente em si. Logo, dado que só a administração atua, não haveria a necessidade da instauração de um processo. Reconhece o autor que os procedimentos administrativos autônomos em geral surgem para a prática de atos materiais, mas reconhece excepcionalmente que podem resultar em atos administrativos, quando por força de circunstância peculiares do caso concreto, o princípio democrático é afastado pela supremacia do interesse público (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, São Paulo: Malheiros, 2015. p. 320 e 321).

precedida de consulta pública para manifestação de interessados, salvo os de mera organização interna.

Não se olvida a conclusão de que o processo como relação jurídica, defendida, entre outros[710], por Oskar Von Bülow[711], vem justamente para criticar as concepções de processo que destacam a sua marcha em detrimento da relação jurídica nele desenvolvida, como a concepção ora adotada. Nas palavras do autor alemão:

> En lugar de considerar al proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de mayoría: su marca o adelanto gradual, el procedimiento (...).[712]

Sem embargo, a teoria do processo como relação jurídica se acomoda perfeitamente ao processo judicial, na medida em que vige na grande maioria dos ordenamentos, inclusive o brasileiro, um princípio de inércia da jurisdição, em que, nas palavras de Mauro Cappelletti[713]: "o juiz não pode, por regra fundamental, instaurar um processo".

Deste modo, como esclarece José Carlos Barbosa Moreira[714], proposta uma ação, estabelecem-se de imediato entre as partes e o órgão jurisdicional um vínculo juridicamente disciplinado. E acrescenta o autor: "processo existe desde que o autor ajuíza a petição inicial".[715] Daí o porquê de Enrico Tullio Liebman[716] afirmar que a regra fundamental que define a relação entre as pessoas e a função jurisdicional é a conclusão de que "os juízes não agem e não decidem por sua própria inciativa (...)".

De toda forma, o aludido princípio da inércia de jurisdição não se aplica como regra à atividade administrativa, conforme melhor será visto a seguir, o que, em nosso

---

[710] É o caso de Chiovenda, quando assim aduz: "El proceso civil contiene una relación jurídica. Es la idea inherente ya al *judiciam* romano: y a la definición que de él daban nuestros procesalistas medievales: *judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo I**, cit., p. 109).

[711] BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales - Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein**, cit., p. 3.

[712] *Ibid*.

[713] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado - Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira**, cit., p. 25. Também na esteira de Joan Picó e Junoy: "O início da atividade jurisdicional só é possível por inciativa da parte, de acordo com os aforismas *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*" (PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova - Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual**, cit., p. 92).

[714] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, cit., p. 86.

[715] *Ibid*., p. 86.

[716] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil - Vol. I**, cit., p. 194.

sentir, faz fundamental diferença na concepção que deve ser encampada sobre a natureza do processo administrativo.

Assim, adota-se um conceito amplo de processo administrativo, no sentido de "*modus procedendi* prévio à edição de atos administrativos"[717] que, ao fim e ao cabo, constitui "comodidade metodológica"[718] que se revela útil ao objeto investigado. Constitui, ainda, noção que se entende no trabalho não violar o ordenamento vigente e que melhor atende às especificidades da tomada de decisão administrativa frente ao processo judicial. A vantagem, nesse caso, é trazer à tona uma maior visibilidade da atuação estatal[719], notadamente no campo da prova.

Segue-se a lição de Carlos Ari Sundfeld[720], segundo o qual: "(...) na Administração Pública, *decidir é fazer processos* – isto é, toda a atividade decisória é condicionada por princípios e regras de índole processual". Ou, ainda, na lição de Lafayette Pondé[721]: "Quando a norma de organização administrativa estabelece que a ação de um órgão deve ser precedida de outros atos da própria administração, ou de um outro sujeito de direito, todos porém articulados em um nexo comum, diz-se que existe um processo administrativo".

No fundo, o cotidiano da administração pública se revela por meio da prática, em maior ou menor grau, de uma série de atos que se concatenam logicamente.[722] O resultado dessas práticas, nas palavras de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[723]: "(...) se apresenta como um somatório de ato administrativos, de per si considerados, às vezes das mais diferentes e desconectadas feições, naturezas, finalidades".[724]

Deste modo, acolhe-se no estudo o conceito de que o processo administrativo constitui uma série de atos, logicamente concatenados, que se volta a permitir a manifestação fundamentada da vontade administrativa[725]; já o procedimento

---

[717] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**, cit., p. 26.
[718] O termo é utilizado por Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari em situação análoga à proposta no presente estudo (FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 97).
[719] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**, cit., p. 24.
[720] SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil, *in*: **As leis de processo administrativo (Lei Federal n° 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98) - Coordenadores Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muño**, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.
[721] PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, n. 130, p. 1–11, out-dez, 1977. p. 1.
[722] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 56.
[723] *Ibid*.
[724] *Ibid*.
[725] *Ibid*., p. 31.

administrativo constitui sua espécie motora, ou seja, o específico caminho que se deve seguir para obter o fim determinado.[726]

Ao fim e ao cabo, tanto processo e procedimento administrativo não se confundem com o expediente administrativo. Este, na verdade, ainda que na prática receba o nome "processo administrativo" ou "procedimento administrativo", constitui o suporte material e informativo dos vários trâmites processuais que se sucedem.[727]

5.2. A ausência de um diploma normativo de caráter nacional e as dificuldades científicas no estudo do processo administrativo

É natural que a dogmática jurídica tome como ponto de partida de sua pesquisa a norma jurídica[728] o que, no particular, não se trata de tarefa tão simples. Afinal, buscando as características gerais do processo administrativo no tema probatório, o primeiro problema a ser enfrentado é a inexistência de um único diploma no Brasil, em caráter nacional, regulando de modo geral o processo administrativo.

Por uma opção da vigente Constituição, adotou-se um modelo federativo, com a consequente autonomia de cada membro da federação[729], a resultar no fato de que em geral compete a cada ente-federativo regular o seu processo, e respectivos procedimentos, de natureza administrativa.[730-731] Há exceções, como é o caso do procedimento licitatório, em que a Constituição expressamente determinou competir à

---

[726] SANTOFIMIO, Jaime Orlando G. **Acto administrativo - procedimiento, eficacia y validez**, cit., p. 120.

[727] MERCHANTE, Fernando Pastor. ¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo. **Revista de Derecho Público: Teoría y Método**, v. 4, p. 153–180, 2021. p. 157.

[728] Explica nesse sentido Tercio Sampaio Ferraz Junior: "Vivendo numa sociedade organizada, o jurista sabe que há critérios gerais, direitos comuns, configurados em normas chamadas leis, estabelecidas conforme a constituição do país. Nesse contexto, ele invoca um primeiro princípio geral para iniciar seu raciocínio: o princípio da legalidade. (....) Para seus objetivos, porém, é preciso encontrar um ponto inegável de partida, que possa ser generalizado. Atém-se, pois, ao princípio. E busca nas leis do país uma regra que lhe seja conveniente" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, cit., p. 69).

[729] Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari: "Os membros de uma federação gozam de autonomia, que é o poder de autogoverno, incluindo a possibilidade de escolher seus governantes e de agir por vontade própria em relação a muitos assuntos. Mas as decisões do poder autônomo devem ser tomadas dentro dos limites fixados na Constituição Federal e ficam sujeitas a controle de constitucionalidade por um órgão da União" (DALLARI, Dalmo de Abreu, **O Estado Federal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 24).

[730] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 136, p. 5–28, dez./1997. p. 10 e 11.

[731] Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari tem entendimento distinto, embora reconheçam constituir posicionamento minoritário na doutrina. Nesse sentido, os aludidos doutrinadores entendem que compete à União estabelecer normais processuais administrativas (normas sobre a relação processual, tais como ônus, faculdades, deveres e poderes) e normas gerais sobre as normas procedimentais do processo administrativo (FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 44 e 45).

União estabelecer normas gerais de licitação e contratação para todos os entes (art. 22, inciso XXVII), mas que, ao fim e ao cabo, não alteram o quadro geral de que cada ente disciplina seu próprio processo administrativo como regra.

Resulta disso que, respeitada a Constituição Federal, cada ente federativo pode disciplinar o processo administrativo das mais diversas maneiras. Há membros da federação que, inclusive, não disciplinaram ainda de modo geral o próprio processo administrativo.

Sem embargo, existem mecanismos para suprir a ausência total ou parcial de normatização sobre o processo administrativo nos mais variados entes-federativos. Por exemplo, o próprio CPC, diploma este historicamente mais robusto que as leis administrativas de maneira geral, assinala em seu art. 15 que na ausência de normas que regulem processos administrativos, suas disposições lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.[732]

A citada previsão do art. 15 do CPC é de importante valia para o tema ora tratado, pois não há notícias de uma norma geral de processo administrativo que discipline a atividade probatória com tanta profundidade igual ao diploma processual civil.[733]

De outro lado, também de modo a resolver o problema da falta de regulação sobre o processo administrativo em certos entes-federativos, o próprio STJ formulou o enunciado n° 633 de sua súmula, no sentido de que a Lei Federal n° 9.784/1999 (norma geral de processos administrativos no âmbito federal), especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e aos municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Seja como for, a ideia de impulsionar a codificação do processo administrativo nos mais variados entes-federativos é busca que antecede à própria Constituição Federal de 1988.

---

[732] Nesse caso, esclarecem Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari que "suprir significa propiciar fonte de preenchimento de eventuais lacunas; subsidiar significa auxiliar no (ou aprimorar o) entendimento do conteúdo da norma administrativa (substantiva ou adjetiva), ou na operação de sua aplicação ao caso concreto (...)" (*Ibid*., p. 87).

[733] Embora em artigo escrito em 1970, assim pondera Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: "No sistema brasileiro, impreciso por falta de normas basilares, a matéria de prova administrativa jamais foi considerada tal e qual é considerada na exatidão do processo civil" (SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Prova Perante a Administração e no Direito Administrativo, cit., p. 105).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[734] há muito tempo denunciava o "caráter fragmentário do processo administrativo" da América Latina, incluído aí o Brasil, posicionando-se em tom crítico no sentido de que a ausência de codificações do processo administrativo e as existentes legislações desordenadas ou desconexas à época serviam na realidade em benefício da própria administração contra o administrado.

O Estado de São Paulo, no aspecto de uma codificação geral do processo administrativo, foi o Ente-federativo pioneiro no Brasil. De fato, com a edição da Lei Paulista n° 10.177/1998, o Estado-membro em tela editou a primeira lei geral sobre processo administrativo, tendo, em seguida, sido editada a Lei Federal n° 9.784/1999, as quais mudariam sobremaneira o Direito Administrativo e o estudo do processo administrativo brasileiro a partir de então.[735]

Fato é que a falta de um diploma, em caráter nacional, regulando de modo geral o tema, e a possibilidade de cada entre disciplinar a seu modo o processo administrativo, torna sempre o estudo mais complexo de um ponto de vista científico, já que dificulta a compreensão do processo administrativo sob a unidade de uma teoria geral processual.[736] Somado a este problema, há ainda de se reconhecer a quantidade de diferentes procedimentos administrativos que resultam em atos administrativos das mais diversas naturezas.[737]

Deste modo, para a compreensão de aspectos probatórios no processo administrativo, a própria Teoria Geral do Direito, notadamente a de processo e da prova, passa a ser ponto relevante de apoio, na medida em que nela são colocados e sistematizados princípios e diretrizes que regem uma certa matéria.[738]

Com efeito, tal como esclarece Riccardo Guastini[739], vários são os sentidos empregados à expressão *Teoria Geral do Direito*. Dos vários possíveis sentidos, adota-se no estudo dois: de um lado, aquele sentido da palavra que designa o exame dos princípios e das noções comuns a diversos setores de um dado ordenamento jurídico, tal como, por exemplo, a noção de obrigação comum a todos os ramos do Direito; de outro lado, o sentido em que a Teoria Geral do Direito, nas palavras de Riccardo Guastini:

---

[734] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 22 e 49.
[735] SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil, cit., p. 17.
[736] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 82.
[737] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 20 e 21.
[738] É o conceito de *teoria geral* apresentado na seguinte obra: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria geral do processo**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.
[739] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas - Trad. de Edson Bini**, cit., p. 378.

"extrai sua generalidade não do fato de ser universalmente aplicável a qualquer sistema jurídico, porém mais modestamente do fato de desprezar o conteúdo normativo dos sistemas jurídicos particulares estudados, dedicando-se apenas à sua estrutura", como, por exemplo, a noção de tipologia das normas constitucionais.[740]

Embora, de um lado, admitir a inclusão do processo administrativo em uma Teoria Geral do Direito não seja tarefa fácil, tem-se, de outro lado, uma melhor forma de compreender fenômenos comuns de cada um dos ramos específicos do processo.[741] É dizer: fazer uso de instrumentos existentes e já aprofundados em outros campos processuais mais maduros.[742]

Reconhece-se assim que, a despeito das diferenças entre os diferentes tipos de processo e até ordenamentos, há pontos de aproximação no tema da prova que justificam a formação de uma teoria geral[743], até porque o problema da prova é uma questão central de todos os tipos de processo.[744-745]

De fato, sob esse aspecto, a finalidade da instrução no processo administrativo e judicial é semelhante, pois, de um lado, o problema principal da prova, seja qual for o processo, é tratar de fatos que estão na base de uma disposição normativa[746]; de outro

---

[740] Como esclarece Riccardo Guastini, pelo menos três são os possíveis sentidos para a expressão Teoria Geral do Direito: (i) um primeiro sentido amplo, em que o termo representa a análise das noções gerais consideradas comuns a todos os ordenamentos jurídicos; (ii) um segundo sentido menos amplo, em que o termo designa o exame dos princípios e das noções comuns a diversos setores de um dado ordenamento jurídico; (iii) um terceiro sentido mais restrito ainda, em que a Teoria Geral do Direito, nas palavras do aludido autor: "extrai sua generalidade não do fato de ser universalmente aplicável a qualquer sistema jurídico, porém mais modestamente do fato de desprezar o conteúdo normativo dos sistemas jurídicos particulares estudados, dedicando-se apenas à sua estrutura" (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas - Trad. de Edson Bini**, cit., p. 378)

[741] FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada, cit., p. 233.

[742] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal, cit., p. 270.

[743] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 375.

[744] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**, 9. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 505.

[745] Inclusive, para Antonio Dellepiane, a teoria geral da prova guarda relação com outras metodologias não jurídicas, como é o caso da história e outras ciências afins, de modo que seria possível, na visão do autor, compreendê-las todas dentro de uma teoria mais ampla ainda (DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**, 10. ed. Bogotá: Temis, 2021. p. 3). Em sentindo semelhante, é o que aponta também Leonardo Greco: "Toda cognição probatória, em qualquer área do conhecimento humano, se destina a preparar um julgamento conclusivo sobre a existência de certos fatos. São esses fatos que têm relevância para o cientista ou para o jurista, pois, enquanto não definidos, não podem eles aplicar os princípio e regras do seu saber" (GRECO, Leonardo. O conceito de prova, cit., p. 229).

[746] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 26.

lado, também na medida em que a decisão, seja em um ou outro tipo de processo, não pode se originar senão dos dados probatórios formados no processo.[747]

Segue-se no trabalho a lição de Sentís Melendo[748], no sentido de que a prova é a mesma no processo civil, penal trabalhista e administrativo e, inclusive, é a mesma dentro e fora do processo.

Deste modo, não há óbices para a formação e utilização de uma teoria geral da prova, sobretudo se consideradas as dificuldades inerentes à formação de uma teoria geral exclusivamente do processo administrativo acima apontadas, desde que sejam apresentadas as diferenças de política legislativa adotadas em que cada tipo de ordenamento e de processo.[749]

De outro lado, a própria Constituição Federal serve como base para um estudo amplo do processo administrativo, já que, nas palavras de Cintra, Dinamarco e Grinover[750]: "todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional (...)".

Deveras, na Constituição Federal foram previstos vários princípios gerais do processo que balizam também a atividade da administração, a exemplo dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, razoável duração dos processos etc.[751]

Para além da Teoria Geral do Direito e da Constituição Federal, outro importante elemento estruturante de uma visão geral do processo administrativo corresponde à observância dos princípios próprios do Direito Administrativo e do processo administrativo, fruto das peculiaridades da administração pública e da função administrativa, tais como a oficialidade, a inquisitoriedade, a formalidade moderada etc.[752]

---

[747] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, cit., p. 183.
[748] SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 10.
[749] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 16.
[750] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, cit., p. 84.
[751] Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho: "A constitucionalização do direito administrativo ganha especial relevância nas federações, como é o caso da brasileira, porque, diante da repartição constitucional de competências legislativas entre as unidades federativas, se garante um núcleo mínimo de unidade e coerência a partir dos postulados constitucionais" (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo, cit., p. 528).
[752] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 525.

Não se poder olvidar, é claro, que grande parte dos princípios em tela tem origem na própria Constituição.[753] O que os difere dos princípios processuais constitucionais acima citados é que são reunidos em torno da disciplina de Direito Administrativo e aplicáveis exclusivamente ao processo administrativo.

Por fim, há de se reconhecer que a própria epistemologia pode servir como ponto de unidade ao tema do processo administrativo no campo probatório, na medida em que, no fundo, seja a epistemologia jurídica ou não, está preocupada em definir as melhores formas para a busca de informações verídicas.[754]

Deste modo, em que pese as dificuldades de se lidar com o tema do processo administrativo, a partir destas balizas, segue-se em busca de trazer nos tópicos seguintes aspectos probatórios gerais do processo administrativo, sem se olvidar, é claro, que cada procedimento administrativo pode ter previsões específicas a respeito do tema.[755]

5.3. A instrução no processo administrativo

A presente seção tem por objetivo discutir as características probatórias do processo administrativo, conforme os apontamentos feitos no capítulo anterior. Trata-se de tema relevante aos objetivos do estudo, haja vista que, tal como sublinha Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[756]: "Onde há processo há instrução (...)".

5.3.1. Oficialidade e a inquisitoriedade do processo administrativo

Constitui a oficialidade o princípio segundo o qual a administração pública está obrigada a impulsionar de ofício o desenvolvimento do processo administrativo.[757] Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro[758] que: "como a Administração Pública está

---

[753] *Ibid*., p. 525.
[754] Trata-se da ideia de uma abordagem *veritistic* da epistemologia, conforme apresentado em GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 5.
[755] Como alerta Cândido Rangel Dinamarco: "A própria generalização inerente a cada ramo do direito processual (como, de resto, a toda ciência) já traz em si perigo dessa ordem, demandando o constante e minucioso cuidado do investigador, para que na formulação de conceitos e revelação de princípios não incida no erro de deixar resíduos não absorvidos, ou de ir além do núcleo comum e repetido em todas as parcelas da realidade examinadas" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 69).
[756] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Prova Perante a Administração e no Direito Administrativo, cit., p. 98.
[757] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo IV: el procedimiento administrativo**, 1. ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013. p. 31 e 32.
[758] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 701.

obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins".

Cuida-se de princípio com previsão expressa inclusive em algumas leis gerais de processo administrativo brasileiras, como é o caso da Lei federal n° 9784/1999 (art. 2°, parágrafo único, inciso XII[759]) e da Lei Paulista n° 10.177/1998 (art. 25[760]).

Como adverte Jaime Guasp[761], a ideia em que o Estado, seja no processo civil, penal ou administrativo, de modo imperativo, dá impulso ao processo, independentemente da vontade e aquiescência das partes, não necessariamente implica afirmar que o processo é um mecanismo autoritário. E acresce o autor que: "el proceso es un complejo de autoridad, ciertamente, pero de autoridad puesta al servicio, cuando el proceso es configurado aceptablemente (...).

Resulta do princípio em tela que a administração pode de ofício iniciar o processo administrativo e tomar todas as providências necessárias ao desenrolar do processo[762], inclusive rever de ofício os seus atos com a finalidade de invalidá-los (conforme o enunciado n° 473 da súmula do STF[763]).

De fato, no processo civil, também a doutrina vislumbra a existência de um princípio do impulso oficial.[764] Sem embargo, aqui se revela grande diferença entre o processo administrativo e o processo judicial, na medida em que neste último, dado o princípio da inércia da jurisdição, o juiz não pode de ofício instaurar um processo judicial[765], o que inclusive tem previsão expressa no art. 2° do CPC.[766]

---

[759] Art. 2°, parágrafo único, da Lei 9.784/1999: "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados".

[760] Art. 25 da Lei Paulista n° 10.177/1998: "Os procedimentos serão impulsionados e instruídos de ofício, atendendo-se à celeridade, economia, simplicidade e utilidade dos trâmites".

[761] GUASP, Jaime. El estado como sujeto del proceso. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 22-23, año VIII, p. 535–542, enero-agosto, 1975. p. 525 e 526.

[762] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo IV: el procedimiento administrativo**, cit., p. 31 e 32.

[763] Enunciado n° 473 da súmula do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

[764] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, cit., p. 72. Como acresce há muito Eduardo J. Couture sobre o impulso oficial no processo judicial: "Sin embargo, esta tendencia a dejar librado el impulso del juicio a la voluntad de la parte, va perdiendo terreno cada día" (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil - Tomo I**, Buenos Aires: Ediar, 1948. p. 317).

[765] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado - Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira**, cit., p. 25.

[766] Nas palavras de Francesco Carnelutti, sobre aquilo que denomina de ônus do impulso oficial: "Esta es la especie de carga más común y mejor conocida, y se la expresa mediante la fórmula *nemo iudex sine*

Do ponto de vista probatório, a oficialidade produz reflexos importantes na processualidade administrativa, na medida em que franqueia à administração pública a possibilidade de produzir de ofício provas.[767] Daí o porquê, inclusive, de parcela da doutrina colocar como característica marcante do processo administrativo a sua natureza inquisitória (por exemplo: Virga[768], Cassagne[769], Dromi[770] e Brewer-Carías[771]).

A inquisitoriedade do processo administrativo, no entanto, não confere à administração pública a possibilidade de produzir provas, mesmo de ofício, que dependem de autorização judicial, como é o caso da quebra do sigilo bancário.[772] Inclusive, sobre o tema, no julgamento das ADIs n° 2.386, 2.397 e 2.859 e RE n° 601.314/SP, o STF entendeu que válidos os artigos 5° e 6° da Lei Complementar n° 105/2001, que franqueiam à administração tributária acesso aos dados bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial, por entender, entre outros fundamentos, que não se tratava propriamente de *quebra* do sigilo, mas sim de *transferência* do sigilo aos cuidados das autoridades fiscais.

Seja como for, o princípio da oficialidade, de um lado, não retira a possibilidade de o interessado tomar a iniciativa para a produção de provas.[773] De outro lado, o princípio em tela pode comportar exceções previstas no ordenamento, especialmente naqueles casos de procedimentos ampliativos de direitos, em que há necessidade de impulso pelo interessado.[774]

Em suma, as consequências da oficialidade são: (i) caráter abrangente da autuação da administração pública, não se limitando ao suscitado pelos sujeitos; (ii)

---

actore; el proceso no se inicia sin que la parte cumpla un acto, que veremos es una *instancia*; aunque el juez conozca la existencia de la litis, no puede él sin dicha instancia de la parte, tomar la iniciativa del proceso contencioso, ni aunque conozca la existencia del negocio, no puede tomar la iniciativa del proceso voluntario" (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol I - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, cit., p. 333).

[767] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, cit., p. 183.

[768] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 248.

[769] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 572.

[770] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 778.

[771] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo IV: el procedimiento administrativo**, cit., p. 425.

[772] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 243.

[773] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, cit., p. 183.

[774] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 510.

obtenção de provas e informações de ofício pela administração; (iii) a inércia do sujeito não acarreta paralisação do processo.[775]

5.3.2. Busca da verdade no processo administrativo e as classificações de verdade material, substancial ou real e formal ou processual

A existência de uma verdade material, substancial ou real, em contraposição a uma verdade formal ou processual, tem origem na doutrina alemã, como reação à constatação de que os enunciados fáticos declarados provados no processo, por vezes, não correspondem com a realidade.[776]

De fato, conclusão outra não se poderia alcançar, pois, como já tivemos oportunidade de discutir, por mais rico e relevante que seja um dado conjunto probatório, é impossível alcançar certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese fática por meio de um raciocínio empírico.[777]

É nesse cenário que, entre as características marcantes, parcela relevante da doutrina reconhece que o processo administrativo tem a finalidade de buscar a verdade material ou substancial (por exemplo, Virga[778], Cassagne[779], Medauar[780], Dromi[781], Bandeira de Mello[782], Meirelles[783], Figueiredo[784] e Ferraz e Dallari[785]), ou seja, deve a administração "tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade (...)". A razão para tanto, segundo aponta Gowland *et al*[786], é que a administração pública tem o dever, em qualquer caso, de buscar a satisfação do interesse público.

Inclusive, provavelmente influenciado pela doutrina administrativista é que o legislador, no art. 305 do Estatuto do Servidor Público Paulista (Lei Estadual n° 10.261/1968) adotou o termo "verdade substancial", consoante a seguinte redação: "Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou diretamente na decisão do processo ou sindicância".

---

[775] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 120.
[776] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 73.
[777] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 34.
[778] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 248.
[779] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 572.
[780] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 121.
[781] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 779.
[782] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 512.
[783] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 824.
[784] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450.
[785] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 171.
[786] GOWLAND ET AL, Héctor Pozo. **Procedimiento administrativo**, cit., p. 775.

Seja como for, o que se observa é que a busca da verdade material, real ou substancial é utilizada por parcela da doutrina para contrapor o processo administrativo ao civil, dado que este, na visão de tais autores, busca apenas a verdade formal ou processual.[787-788]

De fato, é o que esclarece, por exemplo, José Frederico Marques[789] sobre o processo civil:

> Verifica-se, portanto, que emerge do processo uma verdade condicionada, dependente das provas que as partes conseguiram ou puderam produzir, e ainda as presunções legais que a norma processo impõe em face do comportamento e atuação dos litigantes no curso do procedimento. E é isto que se denomina verdade processual. Cabe ao juiz, portanto, proferir a sentença, com fundamento na verdade processual, isto é, na que aparenta reproduzir a realidade dentro do processo.

Consoante aponta Giovanni Tuzet[790], o pensamento original por trás da conclusão de que o processo civil se contenta com a verdade processual ou formal se deu em razão sobretudo do modelo adversarial, que por muito tempo foi atrelado aquele tipo de processo

O tema em tela também não passou desapercebido por Cassio Scarpinella Bueno[791] que, ao tratar do assunto, aponta em tom crítico como parcela da doutrina insiste em compreender que o Direito Processual Civil se conforma com a produção de provas sem maiores preocupações com aquilo que ocorreu efetivamente no plano material.

Seja como for, o estudo não adota a classificação de verdade material, substancial ou real e a verdade formal ou processual. Na esteira de Francesco Carnelutti[792], cuida-se de distinção pouco útil: ou a verdade formal coincide com a

---

[787] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 824.

[788] Como aponta ainda Osvaldo Alfredo Gozaíni, que também discorda da classificação, a distinção entre a verdade formal e a material também foi utilizada para diferenciar a verdade do processo civil e a do processo penal, conforme o seguinte trecho: "As veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el Juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes" (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba, cit., p. 741). No mesmo sentido aponta o autor espanhol Jordi Ferrer-Beltrán (**Motivación y racionalidad de la prueba**, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2016. p. 177).

[789] MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil - Vol II : processo de conhecimento**, cit., p. 248.

[790] TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 101.

[791] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2 : procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 214.

[792] CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil, 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 21.

material, resultando na conclusão de que não passa da própria verdade; ou dela diverge, resultando, ao fim e ao cabo, em uma inverdade.

É também o entendimento perfilhado por Michele Taruffo[793], segundo o qual a verdade das hipóteses fáticas discutidas é determinada pela realidade, e isso acontece seja no processo ou fora dele. Conclui o autor que: "Portanto, a distinção entre verdade 'processual' e verdade 'real' carece de fundamento".[794]

Ainda de modo semelhante aos autores acima citados, acresce Luigi Paolo Comoglio[795] que a distinção em tela, notadamente a partir da adoção de um sistema de livre convencimento motivado, que passa a exigir fundamentação racional do juiz, perde total sentido.

Ou seja, a verdade é uma só e não é determinada pelo pensamento que dela se ocupa ou pelo consenso das pessoas, mas sim pela própria realidade.[796] Logo, não se confunde a verdade com os enunciados que dela se ocupam.[797]

Como elucida Michael P. Lynch[798], a verdade, compreendendo-se esta como a busca daquilo que de fato ocorreu na realidade, é um objetivo de qualquer investigação, seja ela uma investigação que ocorre no processo ou fora dele.

Convém ainda rememorar, como antes já aprofundado, que a verdade constitui importante valor social, ético e político no ordenamento e elemento imprescindível do próprio Direito, dado este ser um sistema ordenador de condutas humanas a partir de hipóteses de incidência. A busca da verdade, portanto, ocorre tanto no processo civil como no administrativo.

É claro, também como já afirmado, que a busca pela verdade não deve ser absoluta, seja qual for a espécie de processo, já que o raciocínio empírico é incapaz de alcançar resultados definitivos.[799]

Em outras palavras, inevitavelmente a verdade no processo judicial sofrerá limitações em benefício de outros valores[800], podendo inclusive o processo ser concluído em algumas hipóteses sem uma decisão que se aproxime da verdade.[801]

---

[793] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 107.
[794] *Ibid*.
[795] COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**, cit., p. 20.
[796] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 304.
[797] *Ibid*.
[798] LYNCH, Michael P. **Truth as one and many**, cit., p. 11 e 12.
[799] COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**, cit., p. 21.

E este é justamente o ponto que pode diferenciar o processo administrativo do civil: não é que o processo administrativo busque a verdade material e o civil a formal, mas sim que, por força de certas características integrantes do processo administrativo (notadamente a formalidade moderada e a ausência de coisa julgada), a busca pela verdade pode por vezes sofrer menos limitações que no processo civil.[802] E nem se poderia dizer que a aludida afirmação é absoluta, dada a quantidade de diferentes tipos de procedimentos administrativos e as respectivas formalidades que são exigidas em cada qual.

Em outras palavras, independentemente do tipo de processo, a verdade é sempre a mesma, mas o que pode alterar são os métodos e técnicas para o seu conhecimento.[803]

Até porque, não parecer fazer sentido lógico o processo administrativo buscar a verdade material para muitas vezes depois a prova nele produzida servir de prova em um processo judicial que, ao contrário, buscará a verdade formal. Tampouco faria sentido um processo que pode resultar na coisa julgada material, como é o caso do processo civil - e que, portanto, por vezes pode ter consequências mais gravosas que o processo administrativo-, não buscar a verdade igual ao processo administrativo.

Forçoso concluir não parecer correto afirmar que o processo administrativo tem por característica a busca da verdade material. Como visto, para além de não ser adotado no estudo a classificação de verdade material e formal, tanto o processo civil, quanto o administrativo, buscam a verdade. Sem embargo, o que pode ser destacado é que o processo administrativo, se comparado ao civil, é por vezes menos formal e não produz a coisa julgada material, de modo que a busca da verdade na esfera administrativa sofre, de modo geral, menos restrições.

5.3.3. Verdade sabida

---

[800] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 119.
[801] NIEVA-FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**, cit., p. 146.
[802] Em esteira parecida, como esclarece Luigi Paolo Comoglio: "Ciò che (come si usa dire) «fa la differenza» – da sistema a sistema od, ancor più, da modello a modello (civile, amministrativo, tributario o penale) – non è, quindi, la dimensione ontologica del concetto di «verità», ma è, perlopiù sulla base di precise (seppur contingenti e mutevoli) condizioni ideologico-politiche, l'opzione tecnica dei modi in cui il suo accertamento sia reso possibile, in armonia con i principi strutturali e, soprattutto, con il rispetto delle garanzie inviolabili di difesa delle parti, che caratterizzano l'intima natura di ogni processo costituzionalmente «equo» e «giusto»" (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**, cit., p. 23).
[803] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 358.

Ainda dentro do tema da verdade e o processo administrativo, vale tratar em tópico separado o instituto denominado pela doutrina e jurisprudência de *verdade sabida*.

Constitui a *verdade sabida*, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[804], do "conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para aplicar a pena". Como resultado, aponta Romeu Felipe Bacellar Filho[805] que a *verdade sabida* é instituto que dispensa o contraditório e a ampla defesa para apuração dos fatos e aplicação da pena em sede administrativa, já que a verdade dos fatos, como o próprio nome do instituto sugere, já restaria conhecida da autoridade.

Como exemplo, tinha-se o parágrafo único do art. 271 do Estatuto do Servidor Paulista (Lei Paulista n° 10.261/1968), posteriormente revogado pela Lei Complementar Paulista n° 942/2003, mas que sustentava a seguinte redação: "No caso dos artigos 253 e 254 (pena de suspensão e repreensão), poder-se-á aplicar a pena pela verdade sabida, salvo se, pelas circunstâncias da falta, fôr conveniente instaurar-se sindicância ou processo".

Em nosso sentir, de um lado, cuida-se de instituto que não observa preceitos de epistemologia, já que não permite a produção de provas ou debates para apuração dos fatos objeto do processo. Como nos recorda Marina Gascón Abellán[806], são regras da epistemologia, entre outras: (i) para poder se afirmar a verdade de um enunciado fático, é necessária a produção de prova; (ii) não existem provas suficientes, uma vez que qualquer prova relevante é necessária e, portanto, deve ser admitida; (iii) é necessário oferecer a possibilidade de refutar as hipóteses formuladas.

De outro lado, trata-se de instituto que não se coaduna com a vigente Constituição Federal, que assegura expressamente o devido processo legal e o contraditório aos litigantes ou acusados em geral nos processos administrativos (art. 5°, inciso LV, da CF).[807]

Nesse caso, note-se que há clara ligação do direito à prova, o devido processo legal e o próprio contraditório.[808] É a lição de Eduardo Cambi[809]: "o direito à prova é

---

[804] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 714.
[805] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo, cit., p. 483.
[806] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 115.
[807] Nesse sentido: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**, cit., p. 325; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 714.
[808] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil - Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil Volume 3**, cit., p. 113.

uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa (...) é uma condição necessária para atuação dessas garantias".

Em linha parecida, sublinha José Carlos Barbosa Moreira[810] que o direito à prova se conecta à própria garantia do contraditório e da ampla defesa e, ainda, importa na conclusão de que as partes terão a possibilidade de participar em igualdade dos atos probatórios e de se manifestar sobre os seus resultados.

Deste modo, o exercício do direito à prova e, em última análise, do próprio contraditório, não se resume à ciência dos atos processuais praticados ao longo do processo. Pelo contrário, como ensina William Santos Ferreira[811], o correto cumprimento do contraditório demanda, para além da ciência dos atos processuais, a oportunidade das partes de se manifestar sobre o resultado probatório e a possibilidade de exigir daquele que julga uma consideração fundamentada sobre a manifestação.

Em suma, constitui a *verdade sabida* de instituto sem espaço no ordenamento brasileiro, como inclusive já reconhecido pelo STF no julgamento da ADI n° 2.120.[812] Sem embargo, convém registrar o posicionamento de J. B. Menezes de Lima[813], segundo o qual o instituto em tela é constitucional, mesmo após a Constituição Federal de 1988, dado que, na visão do autor: "a verdade sabida proporciona, insofismavelmente, a solução imediatista de problemas ou questões disciplinares de menor gravidades (...)".

O mesmo autor deixa claro, no entanto, que a *verdade sabida*, embora dispense a administração de produzir provas, não afasta um mínimo de contraditório, conforme o seguinte trecho de sua obra: "a simples inquirição do acusado, independentemente de termo de depoimento, é a formalidade única e exclusiva, mas indispensável, não só para

---

[809] *Ibid*., p. 112 e 113.
[810] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, v. 35, p. 231-238, jul-set, 1984. p. 2 (versão digital).
[811] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 45.
[812] No julgamento, que tratava sobre a constitucionalidade dos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 43 da Lei nº 2.271/94 (lei que instituiu o Estatuto do Policial Civil do Estado do Amazonas), sob a Relatoria do Min. Celso de Mello, concluiu-se que: "Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. (...) Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF , art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa".
[813] LIMA, J. B. de Menezes. **Sindicância & verdade sabida - teoria, legislação, jurisprudência, prática**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 259 a 267.

a ampla defesa do infrator a ser punido, como para a legitimidade e a legalidade do ato punitivo amparado da verdade sabida".[814]

De fato, o autor parte de outra definição, na qual a *verdade sabida* é compreendida a partir da necessidade de um mínimo contraditório do acusado, dispensando-se o termo de depoimento e a produção de provas pela administração pública.

Todavia, mesmo nesse caso se entende que o instituto em tela não tem espaço no ordenamento brasileiro, já que o ato administrativo, especialmente um ato de natureza sancionatória, deve ser antecedido de prova, segundo uma formalidade a ser seguida, conforme a seguir visto na próxima seção, até para permitir que o acusado faça a devida contraprova.

5.3.4. O princípio do formalismo moderado e a necessidade de produção de provas para a prática de atos administrativos

A atividade administrativa, de modo geral, é formal e pública.[815] É, assim, no âmbito da formalidade da administração pública que se passa a examinar o princípio do formalismo moderado, que constitui ponto importante para o processo administrativo e o processo judicial.

Na visão de Odete Medauar[816], o princípio do formalismo moderado, que constitui um princípio informativo do processo administrativo, compreende:

> a previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos (...) e na existência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

Como aponta Odete Medauar[817], relevante parcela da doutrina faz uso da expressão *informalismo* para retratar tal realidade.[818] Sem embargo, como afirma a própria autora, a expressão *informalismo* pode levar à errada compreensão de que o processo administrativo carece de ritos e formas.[819]

---

[814] *Ibid*., p. 261.
[815] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 66.
[816] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 122.
[817] *Ibid*.
[818] O termo *informalismo,* como princípio informador do processo de natureza administrativa, por exemplo, é adotado nas seguintes doutrinas: DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 769; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 510.
[819] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 122.

Daí inclusive o porquê de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[820] afirmarem que, no fundo, o termo *informalismo* normalmente utilizado pela doutrina mais diz respeito à dispensa de formalidades aos administrados do que a atuação da própria administração. Pelo mesmo motivo parece Lúcia Valle Figueiredo[821] e Juan Carlos Cassagne[822] fazer uso da expressão *informalismo a favor do administrado*.

Adota-se assim no presente estudo a terminologia *formalismo moderado* que, em nosso sentir, melhor exprime a realidade retratada no processo administrativo e no presente trabalho defendida.

À vista disso, o princípio em questão parece ter novamente origem em comparação que se faz entre o processo administrativo com o judicial, a indicar que este é mais formal que aquele.[823]

De fato, é cediço que também o processo judicial não é fim em si mesmo[824], mas vislumbra-se razão de ser em se apontar a existência de um princípio do formalismo moderado no processo administrativo. Afinal, tal como elucida Carlos Ari Sundfeld[825], o processo judicial pode produzir a coisa julgada material, o que não ocorre com os atos da administração pública, os quais sempre podem ser revistos em sede judicial.[826]

Isto posto, sob a perspectiva probatória, é preciso compreender que, ao se afirmar que também no processo administrativo, de modo geral, se aplica o livre convencimento motivado ou persuasão racional (conforme melhor se verá a seguir), impõe se reconhecer como problema natural da tomada de decisão administrativa a subjetividade daquele que decide sobre os fatos, problema este que, ao invés de atrair a renúncia de um controle lógico da instrução, deve atrair a necessidade de um processo

---

[820] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 156.
[821] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 451.
[822] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 34.
[823] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 55.
[824] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, cit., p. 14.
[825] SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo, cit., p. 71.
[826] Em interessante passagem a seguir transcrita, Hans Kelsen relaciona o processo judicial com administrativo, reconhecendo que aquele é mais efetivo, mas este fato não impede a existência de uma processualidade administrativa: "A organização e o processo efetivo dos tribunais dão uma garantia de legalidade mais forte do que os órgãos administrativo. Sem dúvida, esse é o motivo pelo qual se considera necessário atribuir aos tribunais a função judiciária ligada à função administrativa. Mas nada impede de dar à administração pública, na medida em que ela exerça uma função judiciária, a mesma organização e o mesmo processo que têm os tribunais" (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges.**, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 397 e 398).

de racionalização e um Direito Probatório bem desenvolvido para a tomada da decisão.[827]

Ou seja, a matéria da prova no processo administrativo também assume caráter preparatório, tendo como objetivo final a tomada da decisão pela administração pública.[828]

Por conseguinte, é a partir do princípio do formalismo moderado que se observa o dever de a administração estruturar ritos e formas voltados à formação de um conjunto probatório que preceda a edição do ato administrativo.[829]

Cuida-se assim de etapa do processo administrativo constituída por uma série de atos probatórios, ou seja, a realização de inspeções, juntada de documentos, produção de perícias, elaboração de exames e vistorias etc, que se desenrolam ao longo do processo administrativo.[830] Referidos atos, segundo aponta Jean Rivero[831], têm duas finalidades: assegurar a qualidade da decisão e servir de garantia aos administrados.

Deste modo, tal como se objetiva em qualquer tipo processo, também deve a administração pública produzir atos administrativos cujos motivos de fato se aproximem aos acontecimentos da realidade, sendo certo, como aponta Larry Laudan[832], que um conjunto probatório mais rico tende a reduzir os erros probatórios no processo.

A instrução, portanto, assume papel fundamental no processo administrativo e na formação dos atos administrativos, pois, como aduzem Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[833]: "(...) o que nela for feito – as provas que serão produzidas (...) - é que vai condicionar a decisão a ser proferida".

---

[827] KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório, *in*: **Prova judiciária - estudos sobre o novo direito probatório. Coordenador: Danilo Knijnik**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

[828] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 73.

[829] Embora sem fazer menção ao princípio do formalismo moderado, esclarece Durval Carneiro Neto que: "A par de ser uma garantia de respeito às liberdades e direitos individuais dos particulares atingidos pela ação do Estado, é muito importante destacar que a adoção de procedimentos probatórios por ocasião da atividade administrativa contribui para a defesa dos próprios agentes administrativos nela envolvidos, de modo a evitar que venham a ser eventualmente acusados da prática de arbítrio ou do abuso de autoridade" (DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 234).

[830] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 360.

[831] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 111. De modo semelhante: SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Prova Perante a Administração e no Direito Administrativo, cit., p. 100.

[832] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 122 a 124.

[833] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 268.

Daí o porquê de Hernando Devis Echandia[834] sublinhar que existe no contexto probatório, inclusive do processo administrativo, um princípio de necessidade de produção de provas como pressuposto de validade de toda decisão.

No fundo, permanece ainda atual a antiga lição de Jeremy Bentham[835] no sentido de que: "a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar provas". Nesse mesmo sentido, como nos recorda Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[836] sobre a prova administrativa: "acreditar num processo não instruído será o mesmo que contrariar a norma legal generalizante".

Para além da produção de provas, é também dentro do princípio do formalismo moderado que se insere a necessidade de motivação do ato administrativo[837], isto é, o conjunto de raciocínios sobre os fatos e os fundamentos jurídicos em que a administração se apoia para produzir um determinado ato administrativo.[838] Por conseguinte, a motivação no processo administrativo deve ser baseada nas provas produzidas ao longo da instrução.[839]

Convém registrar que a formalidade, e o respectivo grau de exigência do conjunto probatório a ser formado, variará de acordo com cada tipo de ato a ser produzido e o respectivo procedimento administrativo.[840] E nem poderia ser diferente, pois como aduz Jordi Ferrer-Beltrán[841], a fixação do nível de quantidade e qualidade de informações exigidas para a tomada de uma decisão é sempre contextual, notadamente em função da gravidade dos erros que uma decisão pode acarretar.

Nesse ponto, o tema não é fácil de ser encarado, dado que nem sempre existe uniformidade nas regras que compõem os diferentes procedimentos administrativos[842],

---

[834] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 115 e 116.
[835] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 2.
[836] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 20.
[837] SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 67.
[838] REAL, Alberto Ramón. La fundamentacion del acto administrativo. **Revista de Derecho Público**, n. 27, p. 111–132, 2016. p. 116.
[839] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 48.
[840] Nesse sentido: RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 111; FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 265.
[841] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 240 a 241.
[842] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 143. Nesse sentido, colaciona-se a lição de Durval Carneiro Neto: "Quanto a isso não pode haver um critério absoluto, pois este conteúdo da prova pode variar. Há situações em que o procedimento administrativo pode ser mais extenso e detalhado. Em outros casos, porém, o interesse público exige que este procedimento deva ser sumário ou, ainda, adiado para momento posterior à ação administrativa" (DURVAL, Carneiro Neto. **A**

para além da reconhecida diversidade de atos que a administração produz e o fato de que a lei nem sempre determina quais formalidades a administração pública deve seguir.

Por conseguinte, é admissível no processo administrativo, a depender do caso, tramitação simplificada, especialmente quando o processo administrativo for interno e não afetar direitos dos administrados.[843] No entanto, ainda nesses casos, remanesce a obrigação da administração pública de reter registros das circunstâncias do processo administrativo que levaram a uma dada formação da vontade da administração.[844]

Da mesma forma, não se olvida que os fatos objeto de um processo nunca se repetem.[845] Isso, todavia, não impede que a administração busque uniformizar práticas probatórias em casos semelhantes. Deste modo, também se entende possível a uniformização de rotinas pela administração pública para produção de provas, inclusive através de atos normativos, como mecanismo eficiente para aprimorar a produção e resguardo das provas produzidas na seara administrativa.[846]

À guisa de conclusão, percebe-se que um ato administrativo produzido pela administração pública sem a devida observância do princípio do formalismo moderado caracteriza um vício.

Não à toa, de se lembrar que um dos pressupostos de validade do ato administrativo são os requisitos procedimentais, ou seja, "(...) os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato"[847], incluindo-se entre tais requisitos procedimentais a produção de provas e a respectiva motivação do ato.[848]

5.3.5. Epistemologia jurídica e o processo administrativo

Reconhece-se na doutrina que o processo administrativo tem várias finalidades. Entre elas, se diz que o processo administrativo: (i) serve como garantia aos administrados, na medida em que tutela direitos que podem ser afetados pela

---

presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas, cit., p. 235).

[843] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 30.

[844] *Ibid*.

[845] A afirmação é feita por Frederick Schauer no contexto do processo judicial, mas que entendemos aqui aplicável (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**, cit., p. 37).

[846] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 265.

[847] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 408.

[848] SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 19, 461–479, out-dez, 2021. p. 6 (versão digital).

administração pública;[849] (ii) promove a eficiência e a qualidade do agir estatal;[850] (iii) assegura a participação do particular na gestão pública;[851] (iv) se destina a legitimar o exercício do poder estatal.[852]

No entanto, ao se reconhecer que o processo administrativo, através de um princípio do formalismo moderado, deve também buscar a verdade para a tomada de uma decisão justificada e factualmente correta, não é demais ressaltar uma finalidade epistêmica, a qual, em nosso sentir, pode inclusive ser extraída das demais funções acima citadas.[853]

De fato, não se trata de qualquer instrumento o processo administrativo, mas sim de um mecanismo voltado a obtenção de informações para a tomada de uma decisão administrativa[854], temporalmente muito mais próximo dos fatos discutidos que o processo judicial, e que ainda permite à administração pública, detentora de certas prerrogativas, produzir provas que, em grande medida, o particular nem sempre tem condições.[855]

De modo que defender a existência de uma finalidade epistêmica do processo administrativo importa afirmar que este tem, entre outros objetivos, o de buscar informações verídicas para a tomada de uma decisão factualmente correta[856] e, em última análise, a tomada de uma boa decisão administrativa.[857]

Faz assim sentido, tal como tem se sucedido no processo civil, fazer uso da epistemologia também no processo administrativo, de modo a se discutir quais são as

---

[849] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 62.
[850] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 36.
[851] *Ibid*., p. 37.
[852] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 37.
[853] Convém registrar, conforme lição de Neil MacCormick, que mesmo os autores mais pessimistas em relação à instrução probatória buscam racionalizar e otimizar os procedimentos instrutórios para melhor solução da questão fática. E acresce o mesmo autor que: "It would be a matter of extreme fact-skepticism to content that no reasonable fact-finding procedure is possible (MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and practical reason. **Midwest Studies in Philosophy**, v. 7, Issue 1, p. 271–286, 1982. p. 272).
[854] MERCHANTE, Fernando Pastor. ¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo, cit., p. 156.
[855] Inclusive, nas palavras de Odete Medauar: "Outros autores mencionam a função de completar a proteção jurisdicional dos administrados, pois o processo administrativo, por suas características, toca em pontos que escapam àquela" (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 63).
[856] Como esclarece Alvim Goldman, prevalece atualmente a abordagem *veritistic* da epistemologia, a qual se volta a tratar dos métodos adequados para a busca de informações verídicas (GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 5).
[857] Na dicção de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: "Aplica-se na esfera administrativa a mesma convicção que deve resultar da produção da melhor prova, no sentido subjetivo, objetivo ou formal, como cautela contra o arbítrio ou contra as convicções que não convencem" (SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Prova Perante a Administração e no Direito Administrativo, cit., p. 101).

práticas que melhor atendem à necessidade de se buscar informações verídicas. A atuação probatória da administração deve nesse caso ser enxergada como forma de garantir a qualidade das provas produzidas.[858]

Afinal, é dentro do processo administrativo que se vão cotejar os elementos fáticos que convergem para a tomada de decisão administrativa.[859] Nesse caso, como rememora Eduardo Cambi[860], quanto melhor for a prova produzida no processo, maior é a probabilidade de a decisão tomada ser justa. É também o vaticínio de José Carlos Barbosa Moreira[861], no sentido de que quanto mais abundantes e seguros os subsídios que se puder extrair das provas, menor será a margem de erro daquele que decidirá sobre o caso.

Dentro do tópico, convém novamente rememorar que constitui elemento importante da epistemologia a justificação. Como já visto anteriormente, uma proposição que se ocupa da realidade, justificada, é mais provável de ser verdadeira.[862] A justificação, no entanto, vem em graus distintos[863], que se alteram de acordo com a qualidade das provas que se dispõe no processo.[864]

Deste modo, as hipóteses fáticas discutidas no processo administrativo somente serão devidamente justificadas se a própria processualidade administrativa for concebida como um instrumento voltado a aumentar o grau de corroboração das conclusões, a partir do aumento do conjunto probatório, da qualidade das provas, dos testes que os enunciados fáticos devem sofrer ao longo do processo, e assim por diante.[865] Em outras palavras, a qualidade do raciocínio probatório, no fundo, dependerá da qualidade das etapas que o antecedem.[866]

---

[858] SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 79. Vale ressaltar que o autor traz o raciocínio no campo da prova civil, mas que entendemos aqui aplicável.

[859] BETANCOURT, Gina González. La prueba en el procedimiento administrativo: énfasis en la distinción de los principios rectores que la diferencian de la prueba judicial. **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**, n. 14, p. 93–142, 2019. p. 112.

[860] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 30.

[861] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, cit., p. 146. Vale destacar que o pensamento do autor foi registrado em um contexto de processo judicial, mas que entendemos aplicável também ao processo administrativo.

[862] GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**, cit., p. 122 e 123.

[863] RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 80.

[864] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 12 e 13.

[865] Embora fora de um contexto de processo administrativo, vale citar trecho da obra de Vitor de Paula Ramos nesse sentido: "uma vez que a justificação vem em graus, o papel de quem apura fatos deve ser entender quais provas são relevantes, buscar aumentar a qualidade e a quantidade das provas relevantes,

Ou seja, o princípio do formalismo moderado acima tratado não pode ser fim e si mesmo, mas, ao contrário, deve ser pensado à luz de práticas que podem melhor aproximar a administração pública de informações verídicas.

Nesse ponto, não se pode negar que o avanço da ciência e da tecnologia tem trazido, de um ponto de vista probatório, novas perspectivas ao processo administrativo.[867] É o caso, por exemplo, da câmera nas fardas (*body worn camera)* de policiais militares do Estado de São Paulo, tal como disciplinado pela Diretriz n° PM3-008/02/20, que tem servido tanto de garantia ao cidadão como ao próprio policial.

Em suma, reconhecer uma finalidade epistêmica do processo administrativo importa afirmar que: (i) devem ser adotadas as melhores práticas para a busca de informações verídicas, inclusive com o uso da epistemologia; (ii) o processo administrativo deve ser pensado e estruturado para formar um conjunto probatório o mais rico possível; (iii) deve haver preocupação com as condições de criação, alteração e guarda de documentos formados ao longo do processo administrativo.[868]

5.3.6. Participação social como meio importante de obtenção de informações para a melhor tomada de decisão pela administração pública

É correto afirmar que normas jurídicas voltadas a regular o funcionamento do Estado existiram desde sempre.[869] Sem embargo, o Direito Administrativo, ao menos

---

testar as hipóteses com base nas provas, retestar com base em eventuais provas novas; e tudo isso, por sua vez, fará aumentar o grau de corroboração das conclusões a que se chegar" (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 80).

[866] *Ibid*., p. 81.

[867] Na dicção de José Carlos Barbosa Moreira, embora no contexto do processo judicial: "O avanço das ciências naturais, como é intuitivo, vai continuamente fornecendo novos e poderosos de luz e abrindo perspectivas de informação mais segura em questões que antes desafiavam, como enigmas de esfinge, a argúcia do julgador" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**, cit., p. 150). De todo modo, sobre os impactos que as novas tecnologias tem causado no processo e no Direito Probatório, vide: COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**., cit.

[868] Sobre este último item III, como ensina Vitor de Paula Ramos, conquanto em um contexto do processo judicial: "seja como for, o que importa é que quanto mais informações se tiver a respeito dos processos de criação, alteração e guarda dos documentos, melhor será a qualidade epistêmica de eventuais informações obtidas a partir desses" (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 147).

[869] Nesse sentido: GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. 40; TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 1.

como hoje é reconhecido por grande parcela da doutrina na tradição de *civil law*, surge na França, fruto da revolução francesa e do posterior império de Napoleão Bonaparte.[870]

Antes da revolução francesa, ainda no século XVIII, vigia um estado de polícia sob o império do despotismo esclarecido, em que a administração pública se sujeitava, quando muito, a um regulamento sem valor jurídico.[871]

Com a revolução e a derrocada do antigo regime, formou-se um ramo do Direito voltado a regular a administração pública, sobretudo a relação que mantém com o administrado.[872] Havia assim a necessidade de se formular um conjunto de normas voltado a regular situações jurídicas da administração pública a respeito das quais o Direito Privado era incapaz.[873]

É nesse contexto que reconhece a doutrina que o início do Direito Administrativo é sobretudo marcado por prerrogativas que são idealizadas e atribuídas à administração pública.[874] Assim, o ramo do Direito especial que surgia na ocasião para regular as relações da administração pública e o administrado tinha como nota característica a unilateralidade e o poder coercitivo da própria administração.[875]

Deste modo, em sua origem, o Direito Administrativo tem precipuamente a finalidade de servir como um ramo jurídico exorbitante aos direitos dos indivíduos, ou seja, um ramo jurídico por meio do qual se idealiza a existência de uma supremacia geral sobre a liberdade dos indivíduos.[876]

Note-se que a criação de um conjunto de prerrogativas destinado à administração pública, como verdadeiro ramo jurídico de caráter especial, é considerada por parcela da

---

[870] Nesse sentido: CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito, *in*: **Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese. Tomo I**, 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 11; TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 1; ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo - Volume Primo: principi generali**, cit., p. 33. Como assinala Edmir Netto de Araújo, a função administrativa sempre existiu, por mais simples que fosse o ordenamento de uma dada sociedade; o que nasce, então, com a revolução francesa, é sobretudo um Direito Administrativo tratado como ciência (ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história, cit., p. 148 e ss).

[871] Nesse sentido: MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand - Tome Premier - Parte Générale**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. p. 44; RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 19.

[872] FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo - traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin**, Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1933. p. 25.

[873] *Ibid*., p. 35 e 36.

[874] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo. Tomo I**, 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 106.

[875] FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo - traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin**, cit., p. 40 e 41.

[876] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolution française et administration contemporaine**, Paris: Economia, 1993. p. 22.

doutrina um avanço à época[877], já que, antes da revolução francesa, vigia o regime antigo, caracterizado pelo poder ilimitado do monarca, condensado no princípio *quod regis placuit legis est* (*the King can do no wrong* ou *le Roi ne peut mal faire*).[878]

De fato, no regime de estado de polícia, não havia necessidade de se idealizar a construção de um regime de prerrogativas da administração pública, já que, conforme esclarece Otto Mayer[879], a responsabilidade perante Deus e sua própria consciência era tudo o que príncipe precisava respeitar.

No entanto, a passagem de um regime para outro não expurgaria por completo todas as práticas autoritárias do antigo regime. Inclusive, o conjunto de prerrogativas que serviu para fundamentar a atuação da administração pública à época por vezes permitiu mascarar a reprodução e a sobrevivência das práticas do antigo regime.[880]

E dito isso, ao fim e ao cabo, o que se observa ao longo do tempo é que o embate sobre as prerrogativas da administração pública constitui a própria lógica por trás da evolução histórica do Direito Administrativo, que é marcada, nas palavras de Gustavo Binenbojm[881], por: "impulsos contraditórios, fruto de uma tensão entre a liberdade e autoridade".

Com o vagar do tempo, a preponderância monológica da administração passaria a ceder espaço a uma abertura a certos padrões dialógicos.[882] Por conseguinte, em que pese ainda hoje se reconheça a existência de prerrogativas em favor da administração pública[883], já faz algum tempo que tem ganhado cada vez mais espaço na doutrina e na prática administrativa a existência de uma administração dialógica ou consensual, que tem por um dos pilares a efetiva participação social no processo de deliberação

---

877 CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo. Tomo I**, cit., p. 107.
878 GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, cit., p. 40.
879 MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand - Tome Premier - Parte Générale**, cit., p. 44.
880 Vale menção ao entendimento de Gustavo Binenbojm: "O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11).
881 *Ibid*., p. 18.
882 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 28.
883 VEDEL, Georges. **Droit Administratif**, cit., p. 27.

administrativa, a ser efetivado, por exemplo, através de consulta ou audiências públicas.[884]

Trata-se de permitir uma partilha das decisões administrativas, que pode gerar duas concentrações de poder democrático: uma, originária do voto, e outra, das próprias instituições diretas de participação.[885]

De um ponto de vista do processo administrativo, constitui o fenômeno, na linha do que ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto[886], de uma "processualidade participativa", ou seja, de um lado, a garantia de o administrado poder participar de processos administrativos, e de outro lado, o dever de a administração instituir e observar mecanismos de participação social adequada. É semelhante o pensamento de Agustín Gordillo[887], segundo o qual a participação do público em geral (pessoas, associações, sindicatos etc.) no processo administrativo deve ser encarada como de partes em um sentido processual.

No fundo, em que pese o presente tópico trate do processo administrativo, fato é que a necessidade de participação popular é sentimento que cresce em todos os tipos de processos estatais.[888]

A participação pode se dar pelo menos de dois modos: de um lado, por meio de consulta pública, que constitui "o meio de participação pública através do qual a Administração permite a manifestação de terceiros no processo (...) quando nele estiver em discussão matéria de interesse geral" ou, de outro lado, através de audiência pública, que se trata da "forma de participação popular pela qual determinada questão relevante, objeto de processo administrativo, é sujeita a debate público (...)".[889]

A participação social ou de uma processualidade participativa decorre de uma democracia substantiva, própria das sociedades contemporâneas, cujos problemas são

---

[884] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, cit., p. 254.
[885] SANTIN, Janaína Rigo. Direito Administrativo e Princípio de participação. **Revista Populus**, v. 4, dez./2018. p. 43.
[886] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. **R. Dir. Proc. Geral Rio de Janeiro**, v. 57, p. 106–126, 2003. p. 107.
[887] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo II: la defensa del usuario y del administrado**, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 456.
[888] BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro - um terceiro enigmático**, cit., p. 103.
[889] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, cit., p. 186 e 192.

diversos e complexos, a reclamar, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[890], de "soluções políticas com grau de diferenciação suficiente para atender às especificidades dos diversos subgrupos sociais reivindicantes em uma sociedade pluralista".

As recentes alterações promovidas na LINDB vão ao encontro desse cenário em que cada vez mais se estimula a participação social no processo de deliberação administrativa. Com efeito, os artigos 26 e 29 da mencionada lei permitem a participação social para opinar sobre a necessidade de se eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público ou ainda nos casos de edição de atos normativos pelo poder público.

No fundo, observa Norberto Bobbio[891] que o Estado atualmente mais desenvolve a função de mediador e de garante do que a função de detentor do poder de império. Reconhece, em esteira semelhante, Diogo Figueiredo Moreira Neto[892] que a administração pública hoje, em oposição ao *antagonismo*, alicerça sua atuação na *cooperação.*

Seja como for, a participação social pode contribuir das mais variadas formas ao processo administrativo, entre as quais se destaca: (i) obtenção de informações dos cidadãos; (ii) tornar a deliberação fruto do processo administrativo um provimento mais acertado e mais justo[893]; (iii) contribuir com a legitimidade da ação do poder público.[894]

Chama a atenção, em especial tendo em vista o escopo pretendido no trabalho, o segundo aspecto acima citado, no sentido de que a participação social, ao trazer mais informações e novos pontos de vistas sobre uma determina questão, pode servir como meio importante para permitir melhor formar a deliberação administrativa em um cenário social cada vez mais complexo.[895] Não à toa, ao disciplinar a consulta e

---

[890] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro, cit., p. 106.
[891] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade - para uma teoria geral política. Tradução Marco Aurélio Nogueira**, 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 25.
[892] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro, cit., p. 108.
[893] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro, cit., p. 277.
[894] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro, cit., p. 112.
[895] Inclusive, sobre o tema, vale menção à interessante passagem do voto do Min. Rel. Teori Zavascki na ADI n° 3.460/ED-DF, julgada em 12.02.201, no seguinte sentido: "a participação do amicus curiae em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal ainda possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza de diligência predominantemente instrutória [...]."

audiências públicas, a Lei Paulista n° 10.177/1998 as coloca na seção III, no capítulo da *instrução* (conforme artigos 28 a 31).

Deste modo, dada a complexidade da sociedade atual, faz sentido um movimento de abertura da deliberação administrativa, na medida em que, para além de melhor legitimar as decisões administrativas[896], a administração pública deve estar aberta para conhecer os problemas e desejos da própria coletividade.[897] Em outras palavras: a tomada de decisão administrativa fica cada vez mais difícil, o que exige cada vez mais informação.

Assim, tal como elucida Ricardo Marcondes Martins[898], não só serve a participação popular no processo administrativo como meio democrático; é também um bem ao próprio agir administrativo, na medida em que "o administrador na maioria das vezes não tem todas as informações necessárias para o melhor exercício de sua função (...)". Em esteira semelhante pondera Cassio Scarpinella Bueno[899], no sentido de que a participação social permite que vários interesses dispersos pela sociedade sejam mais bem apreciados pela administração pública.

Afinal, constitui regra epistemológica, como acentua Jordi Ferrer-Beltrán[900], a conclusão de que "quanto mais informação relevante estiver à disposição de quem deve decidir, maior probabilidade de acerto haverá na decisão". De modo que um conjunto probatório mais rico tende a reduzir os erros na tomada de decisão.[901]

Em outras palavras, a probabilidade de acerto de uma decisão, seja lá qual for o âmbito em que está sendo tomada, está associada à riqueza de informações e sua

---

[896] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, cit., p. 254.
[897] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 37. Sobre o tema do processo administrativo e da participação social, convém registrar a lição de Carlos Ari Sundfeld: "A grande idéia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente" (SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 3, n. 11, jan/mar, 2003. p. 46).
[898] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 314.
[899] BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro - um terceiro enigmático**, cit., p. 104.
[900] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 102.
[901] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 122 a 124.

compreensão por aquele que decide.[902] Daí o porquê de Gustavo Henrique Justino de Oliveira[903], especificamente no Direito Administração, concluir que :

> Visando um melhor conteúdo e eficácia das decisões administrativas cujos efeitos recaiam sobre a população, ao Poder público impende dignificar a fase instrutória dos processos correspondentes, ampliando as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive, para o correto desempenho da função administrativa

Deste modo, a fomentação de participação social, para além de legitimar a decisão administrativa e promover a democracia, serve também como forma de melhorar o desempenho da própria administração pública, por meio de informações úteis e necessárias trazidas pelo próprio povo[904], em um cenário social, como visto, cada vez mais complexo.

Considerar as informações trazidas como prova tem relevante consequência para a processualidade administrativa, qual seja, a de que a administração não pode simplesmente desconsiderá-las para a tomada de decisão, sendo certo que, ao motivar o ato, deverá analisá-las segundo os cânones da racionalidade e lógica típicos de uma valoração racional da prova. [905]

Trata-se, inclusive, do quanto disposto no art. 28, §2°, da Lei Paulista n° 10.177/1998: "O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas constitui o direito de obter da Administração resposta fundamentada".

Ao fim e ao cabo, vale ressaltar que, conquanto deva ser estimulada, a participação popular não pode ser encarada de maneira absoluta, ainda que seja a regra. Em outras palavras, haverá hipóteses em que a participação será afastada, nas palavras de Rafael Carvalho Rezende de Oliviera[906], quando o "mínimo de eficiência administrativa estiver ameaçado e sua efetivação deva ocorrer". Nesse sentido, por exemplo, o próprio art. 29 da LINDB dispensa a participação social na edição de atos

---

[902] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 33.
[903] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro, cit., p. 277.
[904] *Ibid*.
[905]Semelhante raciocínio pode ser localizado na doutrina de Ricardo Marcondes Martins, no sentido de que a administração: "deverá, necessariamente, apreciar todos os documentos, todos os depoimentos – enfim, tudo o que foi dito pelos participantes -, e fundamentar o afastamento de cada elemento desconsiderado na tomada de decisão" (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 319).
[906] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o Princípio da Participação Administrativa. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006. p. 173.

normativos nas hipóteses em que aludidos atos versarem sobre mera organização interna.

5.3.7. Etapas da prova no processo administrativo: formação do conjunto probatório, valoração de provas e tomada de decisão sobre os fatos

Pietro Virga[907] separa o processo administrativo nas seguintes etapas: (i) fase de iniciativa; (ii) fase de instrução; (iii) fase dispositiva; (iv) fase de controle; (v) e, por fim, a fase de comunicação. No momento, dados os objetivos propostos, interessa ao trabalho apenas a fase de instrução e a fase dispositiva.

A instrução é a fase do processo destinada a conhecer as razões e as provas à luz das quais será feita a tomada de decisão.[908] Por outro lado, a fase dispositiva é aquela em que a administração pública efetivamente toma a decisão.[909]

A prova mantém relação com as duas fases acima mencionadas. Com efeito, Jordi Ferrer-Beltrán[910] classifica os momentos da prova no processo em três etapas: (i) formação do conjunto probatório; (ii) a valoração do conjunto formado; (iii) e a tomada de decisão sobre os fatos.[911]

Procura-se, no presente tópico, verificar como cada um desses momentos da prova (formação, valoração e a tomada de decisão) é concebido dentro da processualidade administrativa.

5.3.7.1. Formação do conjunto probatório no processo administrativo

---

[907] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 231 e 232.
[908] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol II - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959. p. 22.
[909] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 232.
[910] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 61.
[911] Vale ressaltar que há várias classificações sobre o tema propostas pela doutrina. Por exemplo, Francesco Carnelutti divide a instrução em: (i) determinação das questões; (ii) solução dos incidentes; (iii) recepção das provas; (iv) e, por fim, discussão (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol II - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, cit., p. 23). Cândido Rangel Dinamarco coloca como momentos da prova: (i) a propositura da prova pela parte; (ii) a admissão pelo juiz, a sua realização; (iii) e, por fim, a valoração (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 100). A seu turno, William Santos Ferreira entende que os momentos da prova compreendem seis etapas: (i) proposição; (ii) deferimento ou determinação; (iii) produção; (iv) valoração; (v) fundamentação; (vi) e, por fim, o ônus da prova (FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova, cit., p. 541 a 542).

Como já visto, constitui a formação do conjunto probatório o momento destinado, mediante requerimento ou de ofício, com a posterior produção de provas, à elaboração de um conjunto de elementos probatórios que confirmem ou não as hipóteses fáticas objetos do processo.[912] O aludido momento pode ser segmentado em três fases: (i) proposição da prova; (ii) deferimento ou determinação de ofício da prova; (iii) e, por fim, a produção da prova.[913]

Nesse caso, a partir do já examinado princípio da oficialidade e do próprio caráter inquisitivo do processo administração, tem a administração pública o dever-poder de produzir provas de ofício.[914] Também como já discutido, é a partir do princípio do formalismo moderado que se observa o dever de a administração pública fazer uso de ritos e formas voltados à estruturação de um conjunto probatório que preceda à edição do ato administrativo.

Isto posto, embora seja comum a doutrina administrativista tratar de uma fase própria de instrução no processo administrativo[915], fato é que, salvo previsão legal diversa, a prova pode ser realizada em outros momentos do processo administrativo, inclusive em sede recursal, com mais flexibilidade que o processo civil.[916] Sem embargo, o que se observa é que, de modo geral, a referida flexibilidade em produzir provas se reduz em processos de natureza sancionatória, dada a gravidade de uma decisão que pode vir a atingir a esfera jurídica do administrado.[917]

Como já examinado, a etapa de formação do conjunto probatório é marcada por um número maior de regras e princípios que o regulam se comparada às demais etapas, a depender de cada ordenamento e tipo de processo.[918] De outro lado, observam-se em geral dois filtros para a formação do conjunto probatório: um filtro epistêmico ou lógico, voltado a excluir as provas não relevantes; e um filtro normativo, voltado a excluir provas que não atendem algum tipo de valor tutelado pelo ordenamento.[919]

---

[912] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 62.
[913] FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova, cit., p. 541.
[914] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 120.
[915] *Ibid*., p. 132 e 135.
[916] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**, cit., p. 214.
[917] *Ibid*., p. 214.
[918] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 64 e 65.
[919] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 63.

No caso do processo administrativo, os dois filtros nos parecem plenamente aplicáveis. No caso do filtro lógico, cuida-se de limitação inerente a qualquer tipo de investigação sobre fatos, processual ou não, já que constitui regra epistemológica, como pondera Marina Gascón Abellán[920], a necessidade de que seja admitido e utilizado qualquer elemento que permita aportar ao processo informação relevante sobre os fatos discutidos.

Já no que diz respeito ao filtro normativo, também o processo administrativo possui limitações normativas que são aquelas previstas na própria Constituição (por exemplo, a inadmissibilidade de provas ilícitas) e outras previstas especificamente em leis gerais de processo administrativo ou cada tipo específico de procedimento.

Um exemplo de filtro normativo previsto em lei é aquele que se extrai do art. 285, *caput* e §1°, do Estatuto do Servidor Paulista. Com efeito, estabelece o art. 285, no procedimento administrativo disciplinar, que a testemunha não poderá eximir-se de depor, salvo se for ascendente, descendente, cônjuge, ainda que legalmente separado, companheiro, irmão, sogro e cunhado, pai, mãe ou filho adotivo do acusado, exceto quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. E acresce o § 1º do mencionado dispositivo normativo que se o parentesco das pessoas referidas for com o denunciante, ficam elas proibidas de depor, observada a exceção deste artigo.

Sem embargo, o que se nota no processo administrativo é que, de modo geral, existem menos regras de limitação probatória do que no processo civil, muito provável em razão do próprio princípio do formalismo moderado, bem ainda sua natureza inquisitória, conforme já explicado.

De fato, parecem certas leis gerais de processo administrativo encaparem um critério bem amplo de admissão de provas. Por exemplo, sobre a admissão de provas, o art. 22 da Lei Paulista n° 10.177/1998 se limita a assinalar que: "Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias". Idêntica redação foi posteriormente trazida no art. 38, §2°, da Lei Federal n° 9.784/1999, que regulamenta de modo geral o processo administrativo no âmbito da União.

---

[920] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 115.

Por conseguinte, tal como no processo civil, parece ser correto afirmar que no processo administrativo, de modo geral, o critério de admissão de provas é amplo, no sentindo de que são admissíveis como regra todas as provas relevantes.[921] Não à toa, ensina Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[922] que a produção de provas é uma fase na sucessão do trâmite processual "que aproximam a técnica processual administrativa da técnica processual civil".

De modo semelhante aduzem Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[923], no sentido de que, ao fim e ao cabo, deve ser aplicado o próprio art. 369 do CPC no processo administrativo, dispositivo normativo este que traz em si também um critério bem amplo de admissão de provas ao processo civil. Igualmente é o entendimento encampado por José dos Santos Carvalho Filho[924], segundo o qual, em geral, são aceitos no processo administrativo todos os meios de prova necessários a solução da questão fática.

Nada impede, observada alguma finalidade justificável, que a lei determine previamente qual o meio de prova adequado para provar uma dada situação fática.[925] Trata-se daquilo que Hernando Devis Echandia[926] denomina de "prova legal" ou "prova formal", isto é, a exigência pelo ordenamento de que determinadas questões fáticas sejam esclarecidas por certos meios de prova. A prova legal, como aduz o autor, pertence ao campo da admissibilidade da prova e, portanto, não se confunde com a já tratada prova tarifada, que está no campo da valoração da prova.[927]

No processo administrativo, por exemplo, exige-se início de prova material contemporânea aos fatos, consoante aduz o §3°, art. 55, da Lei Federal n° 8.213/1991, para fins de comprovação do tempo de serviço no tema da aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, que inclusive levou à edição do enunciado n° 149 da súmula do STJ, no sentido de que: "A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário".

---

[921] FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2008. p. 137.
[922] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 61.
[923] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 277 e 288.
[924] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, cit., p. 200.
[925] Na esteira de Gerhard Walter, a limitação em tela pode ocorrer em razão da tutela de outros bens jurídicos e finalidades do ordenamento. E adverte o mesmo autor que: "Una limitación de ese derecho exige una legitimación especial" (WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 316).
[926] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 84 e 85.
[927] Nesse sentido: *Ibid*; WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 306.

Seja como for, o fato de ser amplo o critério de admissão das provas no processo administrativo não leva à conclusão de não ser possível que a administração indefira os requerimentos de produção de provas realizados pelos interessados quando forem prova ilícitas, desnecessárias, inúteis ou meramente protelatórias[928], muito próximo do quanto previsto no art. 370, *caput* e parágrafo único, do CPC, aplicável, em todo caso, ao processo administrativo por força do art. 15 do CPC, caso já não haja previsão nesse sentido na lei respectiva do ente-federativo.

Havendo dúvida sobre os requisitos de relevância para admissão da prova, entende-se que a administração deve determinar ou produzir a prova. Consoante aduz José dos Santos Carvalho Filho[929] sobre o processo administrativo: "a regra é que a prova seja permitida, mesmo que, ao final, não dê suporte à decisão almejada pelo interessado". Em sentido semelhante, ponderam Nohara e Marrara[930] sobre a admissibilidade de provas no processo administrativo que: "a possibilidade de recusa de provas, especialmente na fase de instrução, constitui um ato de restrição do direito probatório do interessado e, por essa razão, deve ser excepcional".

Trata-se, ao fim ao cabo, da aplicação da já examinada regra *in dubio pro probatione*: havendo dúvidas sobre os requisitos de relevância da prova, deve o meio de prova ser admitido para solução da questão fática.

5.3.7.2. Valoração da prova no processo administrativo

Como já visto, vislumbram-se pelo menos três tipos de modelos a serem adotados no processo e que podem levar a resultados probatórios distintos: (i) o modelo de prova tarifada; (ii) o modelo da livre ou íntima convicção; (iii) e o modelo do livre convencimento motivado ou persuasão racional.[931] Fruto de uma cultura racionalista da prova[932], como regra, nos processos civil e penal o ordenamento brasileiro adotou expressamente o modelo do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (art. 371 do CPC e art. 155 do CPP).

---

[928] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 303 e 304.
[929] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**, cit., p. 200.
[930] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**, cit., p. 264.
[931] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 314.
[932] *Ibid*., p. 319.

No caso do processo administrativo, a Lei Federal 9.784/1999 parece adotar o princípio em tela, ao assinalar, no art. 38, §1°, que: "Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão", previsão esta que, no entanto, não tem paralelo na Lei Paulista n° 10.177/1998.

Deste modo, surge a indagação sobre se cada ente-federativo regula a seu modo o modelo de valoração da prova a ser adotado como regra. Entende-se que a resposta é negativa. Em nosso sentir, também o processo administrativo deve observar o livre convencimento motivado ou persuasão racional da prova no campo da valoração da prova como regra geral. Vejamos os argumentos.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao modelo de íntima convicção, de se notar que a Constituição Federal não permite o seu acolhimento como regra, seja no processo judicial, seja no processo administrativo, com exceção do júri no processo penal, na forma do art. 5°, inciso XXXVIII, da CF.[933] Com efeito, a Carta vigente adota como princípio geral da administração pública a publicidade (art. 37, *caput*, da CF) e a necessidade de motivação dos atos administrativos[934], o que vai de encontro ao uso da sistemática de íntima convicção como regra geral.

De outro lado, parece-nos que a Constituição, ao menos como regra, também não dá margem para a adoção de um modelo de prova tarifada no processo administrativo. A uma, porque se trata de modelo não preocupado com a verdade, ao menos enquanto correspondência com a realidade, já que, no fundo, o que importa é o valor pré-estabelecido no ordenamento e não a própria realidade. A duas, porque o modelo de prova tarifada não constitui um modelo racional e lógico.[935]

Tal como defende Jordi Ferrer-Beltrán[936], a utilização da lógica e da racionalidade na seara da valoração da prova deriva do próprio direito fundamental à prova, uma vez que somente assim poderá a parte produzir um dado resultado probatório que se preste a fundamentar suas pretensões. Além disso, como acresce o mesmo autor, somente se garantido que os fatos sejam racionalmente provados, a partir

---

[933] *Ibid*., p. 315.
[934] Consoante esclarece Juarez Freitas: "a boa fundamentação (com a mencionada projeção de impactos) precisa embasar todos os atos administrativos, excetuados os de mero expediente, os autodecifráveis pela singeleza de seus pressupostos e aqueles que contam com expressa dispensa constitucional (por exemplo, a exoneração do ocupante de cargo em comissão)" (FREITAS, Juarez, **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 390).
[935] NIEVA-FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. **Estudios de Derecho**, v. 170, p. 117–148, jul./2020. p. 140.
[936] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Motivación y racionalidad de la prueba**, cit., p. 52 e ss.

do conjunto probatório, é que se garantirá um nível mínimo e aceitável de segurança jurídica.[937]

De fato, a racionalidade é intrínseca ao próprio Direito. Como aduz Miguel Reale[938]: "O Direito exige 'estrutura formal', racionalidade, distinção e clareza, sem o que seria absurdo declarar-se obrigatório este ou aquele outro comportamento".

Em síntese, forçoso concluir que também no processo administrativo brasileiro deve ser adotado o modelo de livre convencimento motivado ou da persuasão racional como regra.[939] Em igual esteira, conclui Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[940] que a apreciação da prova administrativa é a fase do trâmite processual em que se aproxima a técnica processual administrativa da processual civil, a qual, como visto acima, adota a sistemática do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

Valer salientar novamente que diversamente do momento da formação do conjunto probatório, o momento da valoração da prova não costuma ser exaustivamente regulado pelo Direito.[941] Não significa, é claro, que aquele que decide está livre para valorar da forma que bem entender ou, ainda, que inexistem regras que balizam a fundamentação.[942] A liberdade, no caso, está atrelada à valoração da prova não vinculada a um resultado pré-estabelecido no ordenamento.[943]

Cuida-se assim de etapa probatória que demanda a observância de regras de lógica e da racionalidade[944], voltada a conceber-se como atividade consistente na eleição das hipóteses fáticas mais prováveis entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos.[945]

Deste modo, a fundamentação da decisão deve correlacionar as provas produzidas com as hipóteses fáticas consideradas verdadeiras, ao mesmo tempo que

---

[937] *Ibid*.
[938] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 523.
[939] Nesse sentido: FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 346 e 347; FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada, cit., p. 244; TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**, cit., p. 357.
[940] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 61.
[941] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 263.
[942] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil - Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil Volume 3**, cit., p. 326.
[943] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 160.
[944] THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**, cit., p. 270.
[945] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 161.

deve mencionar os motivos pelos quais se deixou de utilizar uma ou outra prova para a conclusão.[946]

Percebe-se, como há muito advertem Agustin Gordillo[947] e Héctor Jorge Escola[948], que não há propriamente juízo discricional, ou de conveniência e oportunidade, na valoração da prova por ocasião do processo administrativo, já que também a administração pública se submete aos critérios de lógica e racionalidade ao valorar provas.

Compreende ainda de maneira semelhante Jaime Orlando Santofímio[949] e Eduardo Mertehikian[950], no sentido de que na seara do processo administrativo, deve o administrador observar as regras de *sana crítica* para valoração das provas, próprias, portanto, de um raciocínio probatório que se atém às regras de racionalidade e de lógica.[951]

5.3.7.3. Tomada de decisão sobre os fatos: standards probatórios e a superação da dúvida. A administração tem ônus ou dever de produção de prova no processo administrativo?

Por fim, tem-se a etapa da tomada de decisão administrativa sobre os fatos. Como anteriormente examinado, trata-se do momento em que aquele que decide, após a formação e a valoração das provas, toma a decisão sobre os fatos do processo, não só a partir de regras da epistemologia, mas também regras jurídicas previstas no ordenamento, que fundamentalmente são de dois tipos: os *standards* de provas (ou

---

[946] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 322.
[947] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo IV: El procedimiento administrativo**, 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016. p. 375.
[948] ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo. Vol I**, Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 163.
[949] SANTOFIMIO, Jaime Orlando G. **Acto administrativo - procedimiento, eficacia y validez**, cit., p. 181.
[950] MERTEHIKIAN, Eduardo. La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad. **Revista Estudios Jurídicos**, 8, 2008. p. 13 e 14.
[951] Convém registrar que Giovanni Tuzet, embora deixe claro que sua lição se refere ao ordenamento italiano, também adota o entendimento de que no processo administrativo vigora o modelo do livre convencimento motivado (TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 248).

modelos de constatação) e as regras voltadas a dirimir dúvidas sobre os fatos, tais como as regras de ônus da prova e as presunções legais.[952]

Nessa etapa, o que se nota é: se nos momentos da formação e valoração da prova muito se assemelha o processo administrativo ao judicial, na tomada de decisão as diferenças se acentuam. E isso, muito provavelmente em razão da variedade de diferentes procedimentos administrativos que resultam em atos das mais diversas naturezas.[953]

Isto posto, de um lado, a partir do modelo de valoração racional da prova acima explicado, conclui-se que também no processo administrativo a tomada de decisão deve ser baseada nas provas produzidas ao longo do processo.[954] Ou seja, a tomada de decisão deve levar em contas as informações produzidas ao longo do processo.[955]

Nesse aspecto, inclusive, se evidencia o processo administrativo também como um instrumento voltado à obtenção de informações para a tomada da decisão administrativa correta.[956]

De outro lado, a partir da adoção de um modelo de valoração racional, percebe-se que a valoração da prova é, em si, insuficiente para resolver o problema daquele que decide para a tomada de uma decisão sobre os fatos.[957]

A indagação que surge nesta etapa da prova é: quando uma dada hipótese fática pode ser considerada suficientemente provada pelas provas produzidas em um processo administrativo? Trata-se, como já visto, da seara de aplicação dos *standards* probatórios ou modelos de constatação.

No ambiente administrativo, há de se reconhecer que a multiplicidade das diferentes decisões tomadas pela administração pública dificulta se arrolar ou esquematizar todos os *standards* probatórios a que se submete a administração.

Ora a administração exerce seu dever-poder disciplinar por meio de um procedimento administrativo disciplinar; em outros casos, a administração pública desempenha competências técnicas ou científicas; ora a administração produz atos

---

[952] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 30.
[953] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 20 e 21.
[954] *Ibid*., p. 48.
[955] MERCHANTE, Fernando Pastor. ¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo, cit., p. 160.
[956] *Ibid*.
[957] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 30.

administrativos que simplesmente afetam positivamente a esfera jurídica do administrado, como é o caso de uma autorização, em que o poder público expede ato administrativo autorizando o administrado a realizar uma atividade em seu interesse próprio; ora a administração lança o tributo, com a finalidade arrecadatória; em outras hipóteses, a administração sanciona o administrado, a partir do exercício do seu dever-poder de polícia, tal como se sucede na aplicação de uma multa de trânsito.

Seja como for, em geral, a maior ou menor exigência probatória é fixada de acordo com os bens jurídicos em jogo e a gravidade do dano que uma decisão errônea sobre os fatos discutidos pode acarretar.[958] Ou seja, é o plano material e os valores por ele assegurados que acabam por ditar o próprio modelo de constatação a ser usado no processo.[959]

Daí o porquê de se observar a fixação de distintos critérios de suficiência probatória no processo administrativo: ora se fará uso de *standards* probatórios próprios aos das ciências, ora é preciso observar se o ato administrativo atinge a esfera jurídica do particular de maneira favorável ou desfavorável[960], ora será necessário avaliar se o ato administrativo é expedido sob a competência sancionatória da administração, caso em que a competência pode se justificar em razão do uso de um dever-poder de polícia ou disciplinar do poder público.

Explicado brevemente os *standards* probatórios no processo administrativo, e avançando ao campo da dúvida, não se pode perder de vista que aquele que toma uma decisão sobre os fatos no processo pode se deparar com duas circunstâncias distintas: de um lado, um enunciado fático, que pode se referir a existência ou inexistência de um acontecimento, ser considerado provado a partir das provas produzidas no processo.[961] De outro lado, mesmo após a instrução, o enunciado fático ser considerado não provado.[962] Nesse último caso, adentra-se ao campo da dúvida sobre os fatos e a tomada de decisão.

---

[958] *Ibid*., p. 71.
[959] Nesse sentido: WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 161; KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 44; LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. **Partilha administrativa do sensível: entre fatos, provas e prognoses administrativas**, Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 182.
[960] Trata-se de fator de que guarda profunda relação com o Direito Administrativo, sendo certo que a própria teoria do ato administrativo foi construída em torno de atos que restringem a esfera jurídica do particular, dada a finalidade própria desse ramo do Direito de impor limites ao exercício da atividade estatal (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 430).
[961] AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 112.
[962] *Ibid*.

De relevante, observa-se que o modelo que em geral se propõe ao processo judicial nem sempre parece se aplicar ao processo administrativo, ao menos não sem alguma dificuldade. Agrava a situação o fato de que o tema do "procedimento de decisão" administrativa, isto é, o conjunto de trâmites a serem observados para obtenção de um dado resultado pela administração pública no momento decisório, foi pouco explorado pela doutrina.[963]

Se é certo afirmar que nos casos em que há controvérsia ou litígio a ser solucionado pela própria administração se aplicam com mais facilidade as regras de solução de dúvidas sobre os fatos próprios ao processo civil[964], a mesma solução não pode se dizer perfeitamente aplicável a todos os demais tipos de procedimentos administrativos.

E isso, porque nem sempre haverá a necessidade de a administração pública resolver litígio ou conflitos, tampouco a necessidade de decidir, de modo a superar o *non liquet*, tal como ocorre no processo judicial.

Tome-se, como exemplo, a decisão administrativa para abertura ou não de um concurso público. Não há a princípio nenhum litígio ou controvérsia, em que pese haja necessidade de apuração de fatos por meio de provas, tais como a vantagem em se contratar novos servidores, quais os cargos que demandam concurso, a quantidade de servidores que atenderão o interesse público, o custo da contratação, se o ente público observa os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e assim por diante. Nesse caso, pode a administração aguardar o melhor momento oportuno para a abertura do concurso público (tomada de decisão), diante das circunstâncias fáticas que se apresentem.

Mesmo nos casos em que se observe presente conflitos de interesse, a forma pela qual a administração os soluciona parece também diversa da forma pela qual a jurisdição normalmente se opera. Haja vista que, como pondera Francesco Carnelutti[965], a função administrativa "se cumpre no conflito", enquanto a função jurisdicional "atua sobre o conflito". Deste modo, por exemplo, quando a administração decide sobre a sanção de um agente público, não produz um ato puramente imparcial, dado que a própria administração é parte no conflito e, portanto, integra o conflito.[966]

---

[963] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 102 e 103.
[964] PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, cit., p. 1035.
[965] CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 340.
[966] *Ibid*.

Nada obstante, Franco Borba[967] entende que é possível cogitar, em certas hipóteses, a administração pública pronunciar o *non liquet*, como em processos administrativos de iniciativa do interessado que visam ao reconhecimento de algum direito, o que, de fato, não é possível como regra no processo judicial, ao menos no ordenamento brasileiro.

Sem embargo, há situações em que o modelo de superação de dúvidas sobre os fatos, próprio do processo judicial, se aplica ao processo administrativo. Tome-se, como exemplo, a situação em que a administração se propõe a fazer uso do seu dever-poder sancionatório em um procedimento administrativo disciplinar, no qual uma dada acusação é imputada a agente público, o que leva parcela da doutrina sustentar a aplicação do princípio da presunção de inocência.[968]

Com efeito, as regras de ônus da prova e as presunções legais, tal como aprofundadas pela doutrina e jurisprudência no processo judicial, são formuladas em um ambiente de controvérsia ou litígio entre as partes[969], no qual, ao fim e ao cabo de uma instrução infrutífera, há a necessidade de se encerrar o processo e distribuir os riscos da instrução, determinando-se o perdedor naquelas hipóteses em que não se logrou êxito na comprovação dos enunciados fáticos discutidos em um processo.[970]

Deste modo, a adoção do modelo de superação de dúvidas já aprofundado pela doutrina e jurisprudência no processo judicial deve ser feita na seara administrativa com ressalvas, observando-se as peculiaridades de cada tipo de procedimento administrativo e o ato administrativo a ser produzido.

Dentro deste tema, importante questão que surge na tomada de decisão diz respeito à natureza jurídica do comportamento probatório da administração no processo administrativo. Ou seja, se se trata de comportamento com natureza de ônus ou dever.

É rico o debate na doutrina a respeito das atribuições probatórias entre o administrado e a administração no processo administrativo. A despeito das várias formulações sobre quem tem a atribuição de prova no processo administrativo, parcela

---

967 FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**, cit., p. 135.

968 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, 4 ed (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 423.

969 Veja-se, por exemplo, os dizeres de Moacyr Amaral dos Santos, que ao iniciar o capítulo de sua obra sobre ônus da prova, deixa claro que: "E, dada a controvérsia entre o autor e o réu, com referência a este ou às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre a questão: a quem incumbe o ônus da prova?" (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 94).

970 ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. Internacional Journal of Evidence and Proof. The Juridical Management of Factual Uncertainty, v. 7, 2003, p. 5.

da doutrina caracteriza como ônus a conduta probatória da administração pública, como se observa, por exemplo, nas doutrinas de Ferraz e Dallari[971], Gordillo[972], Franco[973], Cassagne[974] e Knijnik[975].

Sem embargo, já tivemos a oportunidade, na esteira de Gian Antonio Micheli[976], de definir o ônus como o poder de agir livremente em benefício próprio. Cuida-se o ônus, assim, de uma necessidade prática de um agir livremente buscado pelo interessado[977], de modo que não se vislumbra no ônus da prova o equivalente a um dever jurídico.[978]

É assim farta a doutrina segundo a qual a inobservância de um ônus não caracteriza um ilícito, a exemplo de Micheli[979], Goldschmidt[980], Echandia[981], Pacífico[982], Arruda Alvim[983] e Puoli[984]. Inclusive, na esteira de Alfredo Buzaid[985], é em razão da ausência de ilicitude que o ônus constitui: "uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse".

Percebe-se, ao menos do conceito de ônus da prova adotado no presente estudo, que a atuação probatória da administração pública no processo administrativo não pode ser qualificada como um ônus.

Pelo contrário, entende-se que quando o ordenamento jurídico atribui a necessidade de provar um dado enunciado fático à administração pública no processo administrativo, o atribui com natureza de um *dever* de prova.

Para chegar a tal conclusão, deve-se em primeiro lugar partir da noção de que o processo administrativo é o momento destinado ao aprimoramento do conteúdo das

---

971 FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 286 e 287.
972 GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo IV: El procedimiento administrativo**, cit., p. 355.
973 FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**, cit., p. 133.
974 CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 572.
975 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 133.
976 MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 94.
977 *Ibid*., p. 106.
978 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 94.
979 MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 94.
980 GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**, Campinas: Editora Minelli, 2003. p. 75 e ss.
981 ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 411.
982 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**, cit., p. 35.
983 ARRUDA ALVIM, Teresa. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de processo**, v. 76, p. 141–145, dez./1994. p. 1 e 2-versão digital.
984 PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo código de processo civil, *in*: **O novo código de processo civil: questões controvertidas**, São Paulo: Atlas, 2015. p. 233.
985 BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova, cit., p. 126.

decisões e correto desempenho da função administrativa.[986] A observância de um método de trabalho para a tomada de decisão não é uma simples faculdade da administração pública, mas, ao contrário, nas palavras Floriano de Azevedo Marques Neto[987], de verdadeiro "dever processual".

Como visto até então, a administração pública deve observar o requisito de formalidade moderada do processo administrativo antes mesmo de editar um ato administrativo, formulando assim um conjunto probatório adequado à tomada de decisão.

Deste modo, o requisito de formalidade probatória não constitui um ônus, ou um poder de agir livremente em benefício próprio, cujo descumprimento não constitui um ilícito. Pelo contrário, deve a administração pública observar o requisito de formalidade probatória e motivar devidamente o ato administrativo. A inobservância de tal requisito implica na existência de um agir incorreto da administração pública e, consequentemente, em um vício no ato administrativo.

Não faz sentido, portanto, se falar em ônus da prova da administração pública no processo administrativo, já que a ausência de observância da formalidade probatória e da motivação implica conduta ilícita. Como coloca Egon Bockmann Moreira[988]: "no processo administrativo a instrução é *dever* do agente administrativo". Semelhante entendimento ainda é encampado por Cesar A. Guimarães Pereira[989], segundo o qual: "a atividade instrutória é objeto de um dever da administração, que se deve realizar segundo critérios estipulados normativamente".

Trata-se também do entendimento perfilhado por Allan R. Brewer-Carías. Muito embora o autor em sua obra inicialmente faça uso do termo *ônus* da prova, em seguida assinala que a administração tem a *obrigação* de provar, pois, se o processo administrativo tem por objetivo produzir um ato administrativo que é da própria administração, esta seria a principal interessada em que exista uma adequada comprovação dos fatos.[990]

---

[986] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 64 a 66.
[987] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal, cit., p. 266.
[988] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**, cit., p. 235.
[989] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 217–267, mar./2003. p. 261.
[990] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo IV: el procedimiento administrativo**, cit., p. 426.

Constitui igualmente o entendimento compartilhado por Fabiana Del Padre Tomé[991], cujo pensamento, embora formulado no âmbito do processo administrativo tributário, vale aqui transcrição integral:

> A existência de ônus pressupõe um direito subjetivo disponível, que pode ou não exercido, situação que não se verifica na esfera tributária, tendo em vista que os ato de lançamento e de aplicação de penalidade pelo descumprimento de obrigações tributária ou de deveres instrumentais competem ao Poder Público, de modo privativo e obrigatório, tendo de fazê-lo com base nos elementos comprobatórios do fato jurídico e do ilícito tributário. Daí por que não tem a autoridade administrativa mero ônus de provar o fato jurídico ou o ilícito tributário, mas verdadeiro dever (...).

Em sentindo semelhante, registra-se ainda o raciocínio de Tiago David Bitencourt[992], na esteira de que: "No caso da Administração, dada a imperatividade de sua atuação, trata-se de mais do que mero ônus, mas de um dever".

A própria Lei Federal n° 9.784/1999 parece encampar o aludido raciocínio ao assinalar expressamente em seu art. 36 que: "Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do *dever atribuído ao órgão* competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei" (nossos destaques).

A conclusão de que a administração pública tem um dever probatório não implica afirmar que a ela incumbe provar todos os fatos no processo administrativo. Com efeito, os deveres probatórios da administração variarão de acordo com cada tipo de procedimento e o ato administrativo buscado.

Na esteira do que afirma Gabino Fraga[993], a atividade instrutória nos mais diversos procedimentos administrativos se altera sobretudo em razão de a atuação espontânea para sua abertura depender da administração ou do administrado ou, ainda, se o resultado do procedimento resultará ou não em prejuízo à esfera jurídica do administrado.

Por exemplo, em processos administrativos voltados sobretudo aos interesses do administrado, é natural sejam reduzidos ou inexistentes os deveres da administração de produzir provas, já que o processo administrativo nessa hipótese se volta prioritariamente ao interessado em sua esfera restrita de direitos.[994] De outro lado, é

---

[991] TOMÉ, Fabiana Del Padre. O ônus/dever da prova no processo administrativo tributário, *in*: **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito - Congresso Nacional de Estudos Tributários**, São Paulo: Noeses, 2005. p. 151 e 152.

[992] DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 6 (versão digital).

[993] FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, cit., p. 259 e 260.

[994] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**, cit., p. 254.

dever da administração, nos lançamentos tributários, provar os elementos que compõem a hipótese de incidência do tributo.[995]

Seja como for, a distinção entre ônus e dever tem repercussões importantes. Ao se reconhecer que compete à administração produzir a prova, comportamento este que se traduz em um dever, conclui-se que o ato administrativo expedido sem estar acompanhado da respectiva prova, quando necessária, constitui um ilícito, a ser tratado pela teoria das nulidades do ato administrativo. Do contrário, caso fosse aceita a natureza jurídica de ônus, não se poderia falar que a ausência de produção de provas pela administração importaria em um vício no ato administrativo, dado que o ônus não importa em um ilícito.[996]

5.3.8. Presunção de veracidade dos atos administrativos no processo administrativo

A presunção de veracidade dos atos administrativos, como regra especial de ônus da prova, é aprofundada no trabalho em sede do processo judicial. E por uma razão simples: entende-se que inexiste, na seara do processo administrativo, uma presunção de veracidade dos atos administrativos.

De um lado, a presunção de veracidade, por decorrer da presunção de legitimidade[997], tema que será visto a seguir, demanda a existência de um ato administrativo. De modo geral, o processo administrativo precede o ato administrativo, motivo pelo qual não faz sentido lógico, a princípio, se falar em presunção de veracidade de um ato que ainda não foi produzido.

De outro lado, há, é claro, situações em que o ato administrativo é produzido e posteriormente impugnado ainda em sede administrativa. No entanto, também em tais circunstâncias se entende que não há se falar em presunção de veracidade do ato administrativo.[998]

---

[995] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 139.

[996] Nas palavras de Fernando Garrido Falla: "Jurídicamente, la carga no es elemento de forma de los actos que se realizan en ejercicio de un poder o derecho. Por consiguiente, el incumplimiento de la carga no vicia tales actos (…)" (FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, 12. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 395).

[997] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 217.

[998] É o posicionamento de Gian Antonio Micheli, no seguinte sentido: "No podría invocarse, en cambio, la presunción de legitimidad, que es inherente al acto administrativo, ya que esta no es apta para desplegar sus efectos en el ámbito del proceso en cuestión precisamente porque el juez administrativo está colocado en la condición de formar la propria convicción con la máxima libertad y, por tanto, la antedicha

Conforme posteriormente será visto, cuida-se a presunção de veracidade de regra especial de ônus da prova, própria, portanto, para aquelas hipóteses em que, ao fim e ao cabo da instrução, remanescem dúvidas a respeito da veracidade de uma determinada hipótese fática relevante à conclusão do processo.

A presunção de veracidade como regra de ônus da prova não se compatibiliza com o processo administrativo. De um lado, como já visto na seção anterior, porque a administração pública tem o dever de formalizar o ato administrativo, também sob o ponto de vista probatório, e basear sua motivação nas provas produzidas.

De outro lado, pois a presunção de veracidade do ato administrativo não se compatibiliza com o próprio princípio da autotutela administrativa.[999] Veja que a presunção de veracidade, como regra especial de ônus da prova, remete ao problema da dúvida sobre a apuração dos fatos. Todavia, como anota Ricardo Marcondes Martins[1000]: "No âmbito administrativo, a administração, por definição, não tem dúvida sobre a correção do ato. Se a administração tiver dúvida, deverá pelo princípio da autotutela, dissipá-la".

Parece ser este também o entendimento de Danilo Knijnik[1001]. Embora trate o autor especificamente do processo administrativo tributário, assinala que: "Segue-se que a presunção de legitimidade opera em momento posterior, ou seja, quando do controle jurisdicional do ato, à vista de auto de lançamento formalizado com base nas provas produzidas pela autoridade administrativa".[1002]

Deste modo, conclui-se que a presunção de veracidade do ato administrativo não tem aplicação no processo administrativo.

---

presunción no está en grado de vincular la formación de la decisión judicial, en el caso de duda" (MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 286).

[999] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 218.

[1000] *Ibid*.

[1001] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 134.

[1002] *Ibid*.

6. ASPECTOS PROBATÓRIOS DO ATO ADMINISTRATIVO NO PROCESSO JUDICIAL CÍVEL

6.1. Linhas introdutórias

De modo geral, afirma-se que o ato administrativo é por vezes antecedido de um processo administrativo.[1003] Produzido, nada impede que o ato seja novamente questionado na própria via administrativa ou, então, discutido no Poder Judiciário, dado que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5, inciso XXXV, da CF).

Existem inúmeras razões pelas quais um ato administrativo pode figurar como objeto de discussão em um processo judicial. Por exemplo: um indivíduo que ajuíza ação com o objetivo de invalidar um edital de concurso público ou de licitação; um sujeito que ajuíza uma ação por entender que a multa de trânsito que lhe foi aplicada é indevida; a fazenda pública que ajuíza uma execução fiscal tendo por fundamento um ato administrativo de inscrição do crédito na dívida ativa; o agente público que questiona a sanção disciplinar que lhe foi aplicada; o segurado que tem um pedido de aposentadoria negado, e assim por diante.

Ou seja, o administrado leva em geral ao judiciário uma situação jurídica passiva em que ocupa a posição de contribuinte, segurado, usuário de serviços públicos, agente público etc.[1004]

Questionado o ato administrativo no processo judicial, é provável que uma das partes seja a própria fazenda pública que o produziu. Deste modo, o poder público, antes aquele que tomou a decisão administrativa, passa a integrar um dos polos do processo judicial, assumindo as garantias, ônus, deveres e poderes de qualquer parte.[1005] Dentro desse contexto, a primeira questão que se põe em relevo no estudo é perquirir sobre a existência ou não de prerrogativas processuais da fazenda pública em matéria

---

[1003] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 567. Ainda nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha: "A procedimentalização da atividade administrativa, hoje, é quase total" (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277). Apresenta Lafayette Pondé o sinal de trânsito de um único agente público como raro exemplo de ato administrativo sem processo administrativo que o antecede (PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo, cit., p. 2).

[1004] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 63.

[1005] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 242.

probatória, ainda que em um sentido bem amplo, nos processos em que se discutem questões fáticas e o ato administrativo.

Impugnado o ato administrativo no Poder Judiciário, as provas produzidas no processo administrativo que o antecedeu passam a servir como prova no processo judicial.[1006] Deste modo, não se pode perder de vista que, como regra, as provas produzidas pela fazenda pública em sede jurisdicional terão caráter residual àquelas já produzidas em âmbito administrativo, e serão voltadas sobretudo para aumentar ou diminuir a fiabilidade das provas já produzidas no processo administrativo.[1007] E isso, pois, ao fim e ao cabo, o judiciário cumpre em geral uma função revisora ou de controle dos atos administrativos, embora no Brasil sem caráter rígido (*dogma revisor*), praticados a partir de uma atividade probatória previamente já desenvolvida pela administração pública.[1008]

De fato, quando for demandada em juízo, a administração pública demonstrará que já realizou previamente a atividade probatória necessária para sustentar o ato

---

[1006] Como aduz Gilberto David Abadía Herrera: "(...) derivado de la naturaleza y finalidad del proceso contencioso administrativo, en el cual, en forma resumida se concretó que se debe analizar el acto o resolución emitida por el ente estatal, para determinar si el mismo está dotado de juridicidad; por consiguiente, en definitiva la prueba primaria debería ser el expediente administrativo en sí, en cual constituye también los antecedentes y recopilación de las actuaciones que llevaron al ente administrativo a resolver en la forma en que lo hizo" (HERRERA, Gilberto David Abadía. La idoneidad de la prueba en el proceso contencioso administrativo. **Revista Jurídica Auctoritas Prudentium**, año XV, n. 28, 2023. p. 4).

[1007] AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 23.

[1008] Sobre a função revisora: FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 485; AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 23; BETANCOURT, José Amando Mejía. La carga de la prueba en el contencioso-administrativo objetivo. **Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia**, n. 7, p. 143–198, 2016. p. 144. No Brasil, vale ressaltar que não se aplica um sistema revisor de caráter rígido, na medida em que, por exemplo, é possível evitar danos futuros causados pela administração, também não há necessidade de se esgotar a via administrativa para se ajuizar uma ação e, ainda, permite-se uma ação voltada a impugnar a inatividade da administração pública, dado que o art. 5°, XXXV, da CF, institui cláusula bem ampla de acesso à justiça, ações estas que não são possíveis no sistema espanhol, que assume um caráter revisional forte (*dogma revisor)* da atividade administrativa, conforme explica Fernando Garrido Falla. Há de se consignar, ainda, que também a legislação alemã, que influenciou uma série de legislações latino-americanas, como é o caso da Costa Rica, desvincula o contencioso administrativo de uma função jurisdicional simplesmente revisora a partir da adoção de um modelo de jurisdição plena sobre o ato administrativo (ACUÑA, Carlos Gasnell. **El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá**, Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015. p. 60 e 61). Na Itália, Renato Alessi esclarece também que não se adota um sistema revisor rígido, conforme o seguinte trecho de sua obra, em que trata da reação do administrado contra o exercício ilícito da função administrativa: "Constituye el posible objeto de la reacción no sólo el ejercicio positivo de la función administrativa (acuerdos administrativos, meros actos, hechos administrativos), sino además las conductas negativas, es decir, la *no administración*, la omisión de actuar cuando el ejercicio de la actividad positivas correspondiente era objeto de una obligación de la actividad positiva a la Administración a favor de un particular" (ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo II**, Barcelona: Bosch, 1970. p. 600).

administrativo.[1009] Daí surgir vários temas que podem ser abordados no trabalho, notadamente: (i) a natureza jurídica que a prova produzida no processo administrativo pode aportar no processo judicial (se prova emprestada ou não); (ii) a produção de provas unilaterais pela administração pública; (iii) o debate sobre a congruência entre o processo administrativo e o judicial, ocasião em que serão examinados os enunciados fáticos e a produção de provas pela administração pública no processo judicial.

Em seguida, avança-se para discutir a questão da dúvida na tomada de decisão sobre os fatos no processo judicial. Assim, coloca-se no centro do trabalho o ônus da prova e o ato administrativo. Há no tema em questão uma série de repercussões que merecem atenção no estudo, notadamente: a possibilidade ou não de convenções processuais sobre ônus da prova pela fazenda pública no tema do ato administrativo e o exame da presunção de veracidade do ato administrativo.

De outro lado, muito embora o tema do ônus da prova no ato administrativo seja um dos mais controversos, notadamente em razão da presunção de veracidade do ato, percebe-se que há outras questões que podem ser trabalhadas dentro do corte proposto. É nessa toada que se aprofundará as seguintes questões: (i) a prova pericial em processos nos quais se discute os atos administrativos expedidos sob a competência discricionária em matéria técnica; (ii) a prova da intenção ou móvel do agente público na elaboração de atos administrativos; (iii) a prova dos atos administrativos abstratos locais; (iv) e, por derradeiro, a prova e o ato administrativo em procedimentos específicos.

Ao final, retorna o estudo ao âmbito administrativo para se questionar sobre como a instrução do processo judicial pode influenciar o campo do processo administrativo. Ou seja, busca o trabalho tratar sobre se os enunciados fáticos declarados provados pelo juiz em processos de natureza civil vinculam ou não a administração pública, bem ainda tratar sobre a natureza jurídica da prova judicial de natureza cível aportada ao processo administrativo.

[1009] DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 5 (versão digital).

6.2. Prerrogativas da fazenda pública em juízo no tema da prova dos atos administrativos

Em que pese se objetive primordialmente tratar dos aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil, e não o poder público em juízo, não se olvida que, em termos práticos, naturalmente é a fazenda pública, notadamente aquela que produziu o ato, que normalmente figura em processos nos quais se discute um ato administrativo.

E o que é a fazenda pública, ao menos para fins processuais? Trata-se, como sublinha Cassio Scarpinella Bueno[1010], de termo que é colhido a partir do próprio plano material, o qual se ocupa de definir quais entes se submetem a um regime de Direito Público.[1011]

Deste modo, nos dizeres de Leonardo Carneiro da Cunha[1012], a fazenda pública em juízo (ou, ainda, poder público em juízo): *"*é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira".

No fundo, o que se pretende ao criar uma definição de fazenda pública é identificar um conjunto específico de regras e princípios processuais aplicáveis às pessoas jurídicas de Direito Público que figurem em processos judiciais. Trata-se, assim, daquilo que Cassio Scarpinella Bueno[1013] denomina de "Direito Processual Público".

Entre este conjunto de regras e princípios se destacam as prerrogativas processuais da fazenda pública.[1014] São alguns exemplos: os prazos processuais em

---

[1010] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, São Paulo: Saraiva, 2022. p. 43.

[1011] De todo modo, como nos recorda Fernando Gama de Miranda Netto, a expressão "fazenda pública" parece ter se popularizado na praxe forense em razão de o erário do respectivo ente público demandado ter de suportar eventual dispêndio com o processo judicial (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 17).

[1012] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.

[1013] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 33.

[1014] Convém sempre ressaltar que as prerrogativas da fazenda pública não constituem privilégios. Na dicção de Leonardo Carneiro da Cunha: "Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios - consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As 'vantagens' processuais conferidas à Fazenda Pública revestem-se com o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual (CUNHA, Leonardo Carneiro da. As prerrogativas processuais da fazenda pública e vicissitudes quanto aos prazos diferenciados previstos no art. 188 do CPC. **Revista de Processo**, v. 844, p. 69–84, fev./2006. p. 2-versão digital). Neste mesmo sentido, Anselmo Prietro Alvarez: "Neste passo, é importante estabelecer a diferenciação entre prerrogativa e privilégio. Tanto prerrogativa, como privilégio, envolvem o tratamento desigual de pessoas, no nosso caso na relação jurídica processual. Ocorre que o privilégio não tem

dobro (art. 183 do CPC); a intimação pessoal por carga, remessa ou meio eletrônico (183, §1°, do CPC); o reexame necessário ou a remessa necessária (art. 496 do CPC); o regime de precatórios (art. 100 da CF), entre outros.[1015]

Considerando-se o tema ora trabalhado, indaga-se se existe ou não regramento específico processual da fazenda pública na matéria de Direito Probatório, ainda que em um sentido bem amplo, em processos judiciais de natureza cível nos quais são discutidos atos administrativos.[1016]

Ney José de Freitas[1017] e Carneiro Neto Durval[1018], em que pese ainda sob a égide do CPC/1973, entendem que não há no ordenamento brasileiro vigente daquela época previsão de prerrogativas processuais da fazenda pública em matéria de Direito Probatório, mesmo naquelas hipóteses em que se discute atos administrativos.

Todavia, em nosso sentir, parece ser possível considerar como prerrogativa processual em matéria probatória, em um sentindo bem amplo, aquela contida no art.

---

justificativa válida face ao princípio da igualdade, já a prerrogativa tem fundamento pertinente que viabiliza sua constitucionalidade face à necessidade de compatibilização com a isonomia" (ALVAREZ, Anselmo Prieto. As prerrogativas da fazenda pública no novo código de processo civil, *in*: **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos / coordenação Thereza Arruda Alvim et al**, Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 38). De outro lado, em tom crítico, assevera Délio José Rocha Sobrinho: "essas prerrogativas, apesar de terem como escopo a proteção dos interesses da Administração Pública que, em última análise, é o interesse da coletividade, não raro, na prática, trazem efeitos colaterais indesejados, estimulando, inclusive, a litigiosidade". Sem embargo, o autor em seguida conclui: "Por outro lado, em razão das peculiaridades da Fazenda Pública, não há como possam ser extintas todas as suas prerrogativas em juízo, devendo, assim, haver um esforço para melhor calibrar o ordenamento jurídico pátrio quanto a essa relevante temática (...)" (SOBRINHO, Délio José Rocha. **Prerrogativas da fazenda pública em juízo**, Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 131 e 133).

[1015] Convém registrar que um conjunto de prerrogativas processuais da fazenda pública, e a problemática que gira em torno disso, não é exclusivo do ordenamento brasileiro, como se observa, por exemplo, no ordenamento chileno (AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 27) e espanhol (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**, cit., p. 702 e ss).

[1016] Tal como anota José Cretella Júnior, a expressão prerrogativa vem do latim *prae* (antes, anterior, em primeiro lugar) e de *rogare* (rogar, questionar, votar, decidir) e, em uma acepção comum, é encarada como "o direito, poder de regalia que pessoa ou corporação usufrui mais do que outras, ou que as distinguem de outras que não os possuem". Assim, prerrogativa no Direito Público é, na visão do autor: "posição especial em que fica a Administração, na relação jurídico-administrativa, derrogando o direito comum. (...) são as circunstâncias favoráveis ou propícias, que os sistemas jurídicos atribuem às pessoas jurídicas a fim de que, do melhor modo e com a maior economia possível, possam concretizar o interesse público, mediante limitações impostas ao interesse do particular" (CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 66, p. 175–199, 1971. p. 179).

[1017] FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 133.

[1018] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 268.

91, §1°, do CPC/2105, o qual assinala que as perícias requeridas pela fazenda pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova. Acresce o §2° do mesmo dispositivo que não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.[1019]

Ou seja, o dispositivo em questão reforça a necessidade de observância de dotação orçamentária da respectiva fazenda pública para a realização de adiantamento de despesas em provas periciais, como, de qualquer forma, já exige de um modo geral o art. 167, incisos I e II, da CF.

De toda forma, convém esclarecer que o precitado art. 91, §1°, do CPC/2105 constitui dispositivo que é reconhecido pela doutrina como uma das regras específicas da fazenda pública no processo civil, mas em geral o tema é tratado nas mais diversas obras no capítulo em que se discute despesas do processo.

De outro lado, compreende-se também ser uma prerrogativa da fazenda pública, em matéria de Direito Probatório, novamente em um sentido bem amplo, a impossibilidade de os efeitos materiais da revelia lhe atingirem no processo.[1020]

Trata-se do contido no art. 345 do CPC, no sentido de que a revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 do CPC (efeito material) quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Deste modo, os efeitos materiais da revelia não podem atingir a fazenda pública em juízo, já que, no âmbito do ato administrativo, defende em juízo direitos indisponíveis, qual seja, o próprio interesse público.

Por razões semelhantes, entende-se, como regra, que é ineficaz a confissão da fazenda pública em processo que discute ato administrativo, dado que o art. 392 do CPC veda a confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis. Assim, da mesma forma que

---

[1019] Como esclarece Anselmo Prieto Alvarez: "as dívidas da Fazenda Pública devem ser honradas, também, por conta do interesse público, a partir da existência de orçamento específico para tanto, aprovado previamente pelo legislativo, segundo impõe a nossa Carta Magna" (ALVAREZ, Anselmo Prieto. As prerrogativas da fazenda pública no novo código de processo civil, cit., p. 40).

[1020] Defendem a impossibilidade de o efeito material da revelia atingir o fazenda pública em juízo: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 87 e 88; RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 53; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 124. Nesse sentido, também já julgou o STJ no AgRg no REsp 1.170.170/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, 6ª turma, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013; REsp 939.086/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), 6ª turma, julgado em 12/08/2014, DJe 25/08/2014; AgRg no REsp n°1.170.170/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª turma, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013.

o efeito material da revelia, a confissão não pode atingir a fazenda pública em juízo, já que, no âmbito do ato administrativo, defende em juízo direitos indisponíveis.[1021]

Sem embargo, o tema em tela não é uníssono na doutrina e jurisprudência, havendo quem entenda que o efeito material da revelia pode atingir a fazenda pública em alguns casos, notadamente quando defende em juízo os interesses públicos secundários.[1022]

Em verdade, o tema da divisão do interesse público é controverso. De fato, parcela relevante da doutrina utiliza, sobretudo para fins processuais, a distinção de interesse público proposta por Renato Alessi[1023]. O autor italiano, escorado nas lições de Francesco Carnelutti[1024], pondera haver dois tipos de interesse público: o primário, que corresponde ao conjunto de interesse individuais preponderantes da coletividade; e o secundário, que diz respeito ao próprio aparato organizativo da administração, caso em que esta não atuaria com supremacia em relação aos administrados.[1025]

É bem verdade que constitui entendimento já há muito tempo assentado na doutrina de Direito Administrativo o de que um ente público, tal como qualquer pessoa dotada de personalidade jurídica, também pode ser detentor de direitos patrimoniais[1026], direitos estes inclusive que a administração pode dispor, observado certos requisitos, como é o caso dos bens dominicais.[1027]

[1021] É o que esclarece Eduardo Cambi: "Com efeito, a confissão não se impõe quando a parte é a fazenda pública (...)" (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 408).

[1022] Por exemplo, entende ser possível presumir em algumas hipóteses verdadeiros os fatos em desfavor da fazenda pública na hipótese de revelia ou em razão da não impugnação específica dos fatos: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 240 e 241; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 664; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 452; GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. II**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 81. Também já decidiu nesse sentido o STJ, conforme a seguinte decisão: 2ª turma, REsp n° 635.996/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 06.12.2007, DJe 17.12.2007.

[1023] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 184 e ss.

[1024] As lições de Francesco Carnelutti, nas quais são aprofundadas as questões relativas aos interesses individuais e coletivos, bem ainda interesses coletivos primários e secundários, podem ser encontradas em CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 55.

[1025] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 184 e ss.

[1026] Nesse sentido: DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito - Tradução de Márcio Pugliesi**, São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 90; ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 430 e ss.

[1027] CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo, *in*: **Coleção grandes temas do novo CPC v. 1: negócios processuais; Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira; Coordenador geral: Fredie Didier Jr.**, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 670.

No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello[1028], baseado nas lições do já citado Renato Alessi, após reconhecer que os interesses públicos "correspondem à dimensão públicas dos interesses individuais", alude que o Estado pode ter "interesses que lhe são particulares", próprios de qualquer indivíduo ou pessoa jurídica, que não seriam interesses públicos. Todavia, deixa claro o autor que os interesses que são particulares ao Estado não podem chocar com os interesses públicos propriamente ditos.[1029]

A partir daí, parcela da doutrina brasileira, inclusive a de processo civil, passa a concluir que o interesse público primário, verdadeiro interesse público, é indisponível, ao passo que o interesse público secundário, ou seja, o interesse patrimonial da administração, é disponível.[1030] No segundo caso, aludida doutrina então defende a conclusão de que a administração não gozaria de supremacia.[1031]

De fato, é o que se observa, por exemplo, na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni *et al*[1032]:

> Observe-se: nem todo direito titularizado pela Fazenda Pública é indisponível. Só há indisponibilidade se há interesse público primário à base. O interesse público pode ser dividido em interesse público primário (bem comum) e interesse público secundário (interesse da pessoa administrativa). O direito da Fazenda Pública fundado em interesse público secundário é disponível.

Da mesma forma, o que se extrai da doutrina de Leonardo Greco[1033]:

> A meu ver, entretanto, essa indisponibilidade, imposta por norma de ordem pública, atinge somente o chamado interesse público primário, de acordo com a conhecida distinção formulada pelo jurista italiano Renato Alessi, ou seja, somente os interesses das pessoas jurídicas de direito público que coincidam com os interesses gerais da coletividade, não os interesses públicos secundários, aqueles de que a Administração Pública é titular como qualquer outro sujeito de direito.

Poder-se-ia, então, dizer que na hipótese em que o objeto do litígio envolvendo ato administrativo com a administração pública se refira ao interesse público secundário, notadamente os interesses patrimoniais, a fazenda pública pode ser atingida pelos efeitos materiais da revelia.

[1028] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 66 e 67.
[1029] *Ibid*.
[1030] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 69. No entanto, é importante deixar claro que o autor tece em sua obra severas críticas a essa classificação e a forma que ela é utilizada pela doutrina brasileira.
[1031] *Ibid*.
[1032] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, cit., p. 452.
[1033] GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. II**, cit., p. 67.

No entanto, a despeito do reconhecimento que a doutrina coloca na classificação de Renato Alessi, tem-se que a distinção em tela sempre enfrentou problemas, pois, de um lado, como aduz o próprio autor italiano, é difícil imaginar um interesse público sobre o aparato da administração considerado de maneira isolada, sendo certo, ainda, consoante aponta o mesmo autor, que o interesse secundário sempre deve coincidir com o primário.[1034]

Há ainda de se considerar que não existe propriamente um interesse público disponível.[1035] De fato, não há se confundir a situação em que a administração pública realiza um ato de disposição de certo direito, como os direitos patrimoniais no caso da disposição de um bem dominical, com a disposição do próprio interesse público.[1036] Este último, ao fim e ao cabo, é sempre indisponível.[1037]

Assim, quando a administração dispõe de um bem, deve fazê-lo para atender o interesse público. Inclusive, o art. 76 da Lei Federal n° 14.133/2021 (nova lei geral de licitações e contratos administrativos) é claro nesse sentido: "A alienação de bens da Administração Pública, *subordinada à existência de interesse público devidamente justificado*, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas (...)" (nosso grifo).

Aliás, em harmonia com a ideia de que o interesse público sobre os bens públicos também é indisponível, mesmo com relação àqueles bens que integram o aparato da administração pública, é que se observa rígido regime jurídico de Direito Público em sua disciplina. Com efeito, os bens públicos, que em geral são aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público (art. 98 do CC)[1038]: (i) são como regra indisponíveis[1039], sendo que a alienação dos bens patrimoniais depende de desafetação e

---

[1034] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 185.
[1035] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 253; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 72.
[1036] Como esclarece Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti: "Acerca da questão referente a bens patrimoniais é importante destacar não se poder construir uma tese simplista acerca do direito meramente patrimonial dos entes públicos como passíveis de capitulação como meros interesses públicos 'secundários' (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública (a aplicação da Lei n° 13.129 de 26.05.2015). **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, v. 87, n. 2, p. 109–137, jul/dez, 2015. p. 131).
[1037] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 253.
[1038] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1215.
[1039] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 76.

a observância dos casos e das formas previstos em lei[1040] (atualmente, conforme os artigos 76 e 77 da Lei Federal n° 14.133/2021, que corresponde aos artigos 17 a 19 da Lei Federal n° 8.666/1993); (ii) são imprescritíveis, de modo a não permitir a usucapião (artigos 183, §3° e 191, parágrafo único, ambos da CF; art. 102 do CC/2002)[1041]; (iii) são impenhoráveis, dado o regime de precatórios (art. 100 da CF).[1042]

Daí o porquê de se afirmar que, ao menos em matéria de ato administrativo, independentemente do tipo de interesse público (se primário ou secundário), os efeitos materiais da revelia, e também da confissão, não podem atingir a fazenda pública em juízo, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, inclusive no que diz respeito ao seu patrimônio, bem ainda por força do regime jurídico de Direito Público próprio do ato administrativo.

Com isso não quer se afirmar que em matéria de ato administrativo, dado tal regime de indisponibilidade, não há possibilidade, por exemplo, de a confissão atingir a administração em nenhuma hipótese. Com efeito, é possível que a confissão atinja a fazenda pública, desde que haja autorização do ordenamento para tanto.[1043]

É o que autoriza, por exemplo, o art. 7°, inciso X, da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Lei Complementar Estadual n° 1.270/2015), ao assinalar competir ao Procurador Geral do Estado confessar nas ações de interesse da fazenda do Estado.

De outro lado, poder-se-ia dizer que também é uma prerrogativa processual da fazenda pública a presunção de veracidade do ato administrativo. Sem embargo, análise detida, a qual será feita oportunamente, revela que, ao fim ao cabo, cuida-se de presunção que acompanha o ato administrativo, e não propriamente a fazenda pública, de modo que, inclusive, pode ser utilizada contra o poder público em juízo.[1044]

Sob o mesmo raciocínio, não se considera como prerrogativa da fazenda pública aquelas restrições contidas no art. 454 do CPC para inquirição de certos agentes públicos, os quais, segundo assinala o diploma processual, devem ser inquiridos em sua

---

[1040] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, cit., p. 1224 a 1228.
[1041] *Ibid*., p. 1229.
[1042] *Ibid*., p. 1228 e 1229.
[1043] Trata-se, como pondera Ricardo Marcondes Martins, da "disponibilidade legislativa". Ou seja, a princípio o patrimônio é indisponível, mas se o interesse público exigir sua disponibilidade, deve o legislador autorizar (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, cit., p. 76).
[1044] Nesse sentido FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 302; DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 298.

residência ou onde exercem sua função, como é o caso do presidente da República, ministros de Estado etc. E isso, porque a prerrogativa nesse caso acompanha o agente público, que inclusive pode dela se valer em processo cujas partes sejam todas elas particulares, mas de modo algum acompanha a fazenda pública.

Deste modo, com exceção do art. 91, §1°, do CPC e a impossibilidade de o efeito material da revelia e da confissão lhe atingir em casos nos quais se discutem atos administrativos (artigos 345 e 392 do CPC), exceções esta que o trabalho assume a partir de um Direito Probatório em sentido bem amplo, não se vislumbram, salvo melhor juízo, outras prerrogativas previstas no processo civil na matéria de prova.

Embora possa parecer a princípio trivial, o tema é relevante em certos aspectos probatórios. Importa dizer, por exemplo, que a administração pública não tem uma presunção de veracidade que a acompanhe em qualquer caso ou situação, já que, como visto, a presunção de veracidade acompanha o ato administrativo, inclusive, se for o caso, contra a própria fazenda pública.

De outro lado, importa também afirmar que o poder público não tem a seu favor *standards* probatórios especiais, ou seja, critérios de suficiência probatória menos exigentes quando lhe compete provar determinada hipótese fática ou, ao contrário, critérios de suficiência probatória mais rígidos quando a prova lhe atinge desfavoravelmente.

No mesmo sentido, importa também na conclusão de que não existem regras que não admitem a produção de certas provas, ou que excluem determinadas provas já produzidas, em favor da fazenda pública em juízo.[1045]

Enfim, com exceção do citado art. 91, §1°, do CPC e a impossibilidade de o efeito material da revelia e da confissão lhe atingir em matéria de ato administrativo (artigos 345 e 392 do CPC), o que importa salientar é que não se vislumbram, salvo melhor juízo, outras prerrogativas previstas no processo civil na matéria de prova para a fazenda pública.

[1045] Veja que não se trata de tema trivial, pois em alguns ordenamentos, como é o caso do peruano, o que se observa é uma limitação de produção de provas no contencioso administrativo. De fato, conforme o *artículo 29 del Tuo de la LPCA*, a atividade probatória no contencioso administrativo peruano se restringirá às atuações reconhecidas no processo administrativo, inclusive em relação ao administrado, salvo fatos novos ou desconhecidos. Seja como for, aponta Ramón Huapaya Tapia que o dispositivo normativo é inconstitucional no ordenamento peruano, pois viola o direito à tutela jurisdicional efetiva do administrado e da fazenda pública, notadamente o direito fundamental à prova (TAPIA, Ramón Huapaya. **El proceso contencioso-administrativo; con la colaboración de Oscar Alejos Guzmán**, Lima: Pontifícia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 2019. p. 110 e 111).

6.3. Natureza da prova produzida no processo administrativo como prova emprestada no processo judicial

Busca-se com a presente seção tratar da natureza jurídica das provas produzidas no processo administrativo quando aportadas ao processo judicial.

O capítulo se divide em duas partes: uma primeira, voltada a discutir a natureza jurídica da prova emprestada no processo administrativo; e uma segunda, em que, após a definição da natureza jurídica, examina-se os principais requisitos e aspectos da prova emprestada no processo civil brasileiro.

6.3.1. Da natureza jurídica de prova emprestada do processo administrativo

O tema da prova emprestada para longe está de ser novo. Com efeito, ao tratar das provas que considera inferior, Jeremy Bentham[1046] faz alusão à prova emprestada, ou seja, nas palavras do autor: "(...) evidence taken in one cause and used in another". De fato, o autor a reputava inferior por entender que havia uma séria de questões, tal como o problema da conservação da prova, que o fazia considerá-la uma prova de pior qualidade.[1047]

Com visão menos restritiva que a do autor anterior, também há muito tempo Francesco Ricci[1048] questionava o porquê de não se aceitar que uma prova produzida em um processo poderia ser utilizada em outro. Para o autor, se a prova foi produzida em juízo e com observância das formas estabelecidas em lei, não haveria o porquê de limitar o seu empréstimo a um outro processo.[1049]

De fato, o tema da prova emprestada de um processo ao outro não é novo. Há muito vem a doutrina e jurisprudência debatendo o problema de sua aceitação e valoração no processo. Sem embargo, se antes havia alguma dúvida sobre a possibilidade de se valer da prova emprestada no processo civil brasileiro, com o

---

[1046] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 191.
[1047] *Ibid*.
[1048] De fato, esclarece Francesco Ricci que: "Ciò che dà valore alla prova raccolta in giudizio è che essa è stata raccolta in contradittorio delle parti e coll'osservanza delle forme stabilite dalla legge a guarentigia della verità e della giustizia. Ora, perché questo valore dovrebbe limitarsi al solo giudizio in cui la prova fu raccolta? Si comprende, che se sullo stesso fato, la cui esistenza è stata dimostrata in giudizio da una prova ivi raccolta, si disputi tra altere persone, questa non può aver valore como *res inter alios*, ed è perciò necessario che allo stesso mezzi di prova, ove ne sia il caso, si proceda nel nuovo giudizio in contradittorio degli interessati" (RICCI, Francesco. **Commento al codice di procedura civile italiano - Vol II - Delle prove, delle sentenze e dei mezzi per impugnarle**, cit., p. 3).
[1049] *Ibid*.

Código de Processo Civil de 2015, a utilização da prova emprestada passou a ser prevista expressamente no art. 372.[1050]

É dentro desse contexto de aporte de provas de um processo para outro que se procura tratar da natureza jurídica da prova produzida no processo administrativo quando trasladada ao processo judicial.

Em termos práticos, as provas produzidas ao longo do processo administrativo são documentadas por escrito[1051] e, posteriormente, aportadas ao processo judicial quando o ato administrativo é questionado. Com o aporte, surge a indagação sobre se a prova produzida no processo administrativo pode aportar no processo judicial como prova emprestada.

A doutrina não é uníssona nesse ponto. De um lado, defende Eduardo Talamini[1052] ser requisito da prova emprestada que ela seja produzida perante um órgão jurisdicional, como decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal. Motivo pelo qual conclui o autor que a prova produzida no processo administrativo não pode ter a natureza jurídica de prova emprestada.[1053]

Arlete Inês Aurelli[1054] também defende que a prova produzida no processo administrativo não pode aportar no processo judicial como prova emprestada, sob o fundamento, nas palavras da autora, de que "não há como se admitir a prova traslada de inquérito policial ou procedimento administrativo pela falta de preservação do contraditório, que se exige para admissão da prova emprestada". E acresce a mesma autora que: "Isto porque constituem peças meramente informativas, de procedimento inquisitorial, sem garantia do contraditório".[1055]

De outro lado, Moacyr Amaral Santos[1056], em que pese faça a ressalva de que a prova não guarda a mesma eficácia do processo do qual é extraída, perfilha o

---

[1050] Em que pese a expressão *prova emprestada* utilizada comumente da doutrina e na prática judicial, tal como esclarece Marcelo José Magalhães Bonizzi: "(...) de empréstimo, aliás, não tem nada, porque provavelmente nunca haverá a necessidade de 'devolução' dessa prova ao processo de origem" (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63).

[1051] Nesse sentido, por exemplo, o art. 22, §1°, da Lei Federal n° 9.784/1999: "Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável".

[1052] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Processo**, v. 91, p. 92-114, jul-set, 1998. p. 96.

[1053] *Ibid*.

[1054] AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015, *in*: **Grandes temas do NCPC, Vol. V - Direito Probatório**, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 624.

[1055] *Ibid*.

[1056] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 321.

entendimento de que a prova oriunda de processo administrativo, quando aportada ao judicial, pode ter natureza de prova emprestada.

É igualmente a corrente compartilhada por Eduardo Cambi[1057], quando em sua obra assim assinala: "também é indispensável que a prova haja sido constituída em um *processo* – jurisdicional ou não (v.g., processo administrativo disciplinar), desde que tenha sido rigorosamente observada as garantias do devido processo legal e do contraditório (...)".

Lênio Streck[1058] também acolhe o entendimento de que a expressão *processo* no tema em questão deve ser compreendida em um sentido amplo, *in verbis*:

> O CPC fala em "processo", sem se referir a outros tipos de procedimentos administrativos ou, por exemplo, investigação do Ministério Público. Nesse caso, seguindo a linha da jurisprudência do STJ no sentido de que o fulcral no tema "prova emprestada" é a garantia do contraditório, não se afigura desarrazoado interpretar que a palavra "processo" seja entendida lato sensu.

Na mesma esteira ainda defendem Fredie Didier Jr. *et al*[1059] posição ampla, ao constatarem que: "é possível importar a prova produzida em qualquer espécie de processo: penal, cível, trabalhista, arbitral e administrativo (o que inclui o inquérito civil público)".

Embora seja questão controvertida na doutrina, adota-se o entendimento segundo o qual a prova produzida no processo administrativo pode aportar no processo judicial como prova emprestada, desde que observados os requisitos para tanto. Fundamentam tal conclusão dois argumentos: de um lado, o art. 372 do CPC, que trata da prova emprestada no sistema processual civil, não impõe limitações no sentido de que somente as provas produzidas em processos judiciais devem ser aceitas com a natureza de prova emprestada. De outro lado, como já visto oportunamente, o processo não é fenômeno exclusivo da atividade jurisdicional.[1060]

Em conclusão ao tópico, é interessante notar que se adotou no estudo um conceito amplo de processo administrativo, em que o contraditório não é elemento de sua definição. Por conseguinte, há de reconhecer que a prova produzida em processo

---

[1057] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 72.
[1058] STRECK, Lênio. Das provas, *in*: **Comentários ao Código de Processo Civil - organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 575.
[1059] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 148.
[1060] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, cit., p. 15.

administrativo no qual o contraditório não seja efetivado não possui natureza jurídica de prova emprestada.[1061]

6.3.2. Considerações sobre a prova produzida no processo administrativo como prova emprestada

Com o reconhecimento de que a prova produzida no processo administrativo pode aportar no processo judicial com natureza de prova emprestada, desde que respeitados os requisitos para tanto, vale ainda tecer algumas considerações sobre o tema.

A começar pela sua definição, consiste a prova emprestada, conforme os dizeres de Eduardo Talamini[1062]: "no transporte de produção probatória de um processo para outro". Ovídio Baptista da Silva[1063], por sua vez, assinala que a prova emprestada é "aquela que, tendo sido já utilizada como prova em um processo, é transposta, sob forma de prova documental, para um outro processo, de idêntica ou diversa natureza". Por fim, Ada Pellegrini Grinover[1064] sustenta que a prova emprestada: "é aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto".

Reconhecia-se na égide do CPC/1973 que a prova emprestada tinha natureza atípica[1065], salientando-se, no entanto, a discordância de João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes[1066] sobre esta afirmação, já que a prova emprestada, para os autores em tela, não se tratava propriamente de um meio de prova, mas sim de simples traslado de uma prova de um processo anterior para outro em curso.

Seja como for, com o Código de Processo Civil de 2015, a prova emprestada passou a ser prevista expressamente no art. 372, com a seguinte redação: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório".

[1061] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 72.
[1062] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal, cit., p. 92.
[1063] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**, cit., p. 357.
[1064] GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n.4, p. 60–69, out-dez, 1993. p. 64.
[1065] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 144.
[1066] LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Modelo constitucional de processo, direito de defesa e paridade de armas. **Revista de Processo**, v. 331, p. 17–25, set./2022. p. 3-versão digital.

Cuida-se, como pondera João Batista Lopes[1067], de previsão tímida do legislador, na medida em que se poderia ter na oportunidade aprofundado aspectos do contraditório, critérios de valoração e, ainda, a possibilidade ou não de fazer uso, com natureza emprestada, de provas produzidas em processos administrativos, como acima já discutido.

Duas sãos as principais balizas que a doutrina levanta que justificam o uso da prova emprestada: de um lado, tem-se aquelas situações em que a produção da prova é irrepetível ou de difícil repetição, daí se mostrar útil e necessário o empréstimo de prova já produzida nessa hipótese;[1068] de outro lado, trata-se de instituto que prestigia o princípio da economia e celeridade processual, com vistas a buscar a máxima efetividade da tutela jurisdicional com o mínimo de emprego de atividades processuais possíveis.[1069]

Sem embargo, no caso em que se discute atos administrativos, há também de se rememorar que o empréstimo da prova do processo administrativo ao judicial igualmente se justifica em razão da necessidade de se demonstrar que a administração pública realizou adequadamente uma reconstrução probatória para a produção do ato.

A principal consequência de se reconhecer uma prova com a natureza de emprestada é a potencialidade que esta tem de assumir a mesma eficácia probatória do meio de prova do processo em que originalmente colhida.[1070]

Nesse ponto, inclusive, convém consignar que em geral a prova emprestada de outro processo assume a forma documentada. Não se trata, no entanto, de prova propriamente documental, mas sim de simples documento que em seu bojo representa um outro meio de prova, como, por exemplo, o depoimento de uma testemunha reduzido a termo em uma ata de audiência.[1071]

[1067] LOPES, João Batista. "Antigas novidades" no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 287, p. 487–505, jan./2019. p. 491.
[1068] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal, cit., p. 102.
[1069] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 70.
[1070] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal, cit., p. 92.
[1071] Sobre a distinção de prova documental e prova documentada, esclarece Eduardo Cambi: "a prova documental não se confunde com a prova documentada, pois se destina a representar, imediatamente, o fato. Já a prova documentada representa apenas indiretamente o fato" (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 417).

Qualquer meio de prova (pericial, testemunhal etc.) pode ser usado como prova emprestada em outro processo, dado que o art. 372 do CPC, ao prever a prova emprestada, não insere qualquer limitação nesse sentido.[1072]

Sem embargo, Eduardo Talamini[1073] traz interessante questão no que diz respeito ao meio de prova documental. É que, como sublinha o autor, a prova emprestada tem a potencialidade de assumir a mesma eficácia probatória que alcançaria no processo em que produzida.[1074] Logo, a prova documental não assume o formato de prova emprestada, já que não há contraste entre a forma e o valor potencial.[1075]

Isto posto, o ponto mais importante da prova emprestada é o contraditório. De fato, já se observa do dispositivo em comento que o próprio CPC exige da prova emprestada como requisito o respeito ao contraditório. Ao mesmo tempo em que o contraditório é o ponto mais relevante da prova emprestada, cuida-se também, nas palavras de William Santos Ferreira[1076], em seu "maior obstáculo".

Com efeito, deve o contraditório ser observado no processo de origem, assim como no processo em que a prova será transportada.[1077] Para além disso, em geral, a parte prejudicada pela prova emprestada no processo atual deve ter participado do contraditório realizado no processo de origem.[1078]

Diz-se "em geral", porque é possível vislumbrar situações excepcionais em que se permita a realização do empréstimo quando a parte prejudicada pela prova não participou do contraditório no processo de origem.[1079] Por exemplo, no caso em que um dado depoimento foi realizado em outro processo por testemunha que já faleceu.[1080] Em tal hipótese, como pondera William Santos Ferreira[1081]: "a prova não poderá ser a única, mas poderá, juntamente com outras, ser um elemento do conjunto probatório".

Por último, aborda-se o tema da valoração da prova emprestada. Como já visto, o sistema processual civil, na forma do art. 371 do CPC, adota o modelo de livre

---

[1072] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 148.
[1073] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal, cit., p. 93.
[1074] *Ibid*.
[1075] Nesse sentido: *Ibid*; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de processo civil comentado**, cit., p. 633.
[1076] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 148.
[1077] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**, cit., p. 357.
[1078] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal, cit., p. 93.
[1079] *Ibid*., p. 103.
[1080] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 148.
[1081] *Ibid*.

convencimento motivado ou persuasão racional, o que contempla também a valoração da prova emprestada.[1082] Cuida-se de modelo de valoração da prova que, segundo critérios de racionalidade e lógica, se atribui ao julgador a tarefa de avaliar o grau de corroboração das hipóteses fáticas a partir das provas produzidas no processo.[1083]

Sem embargo, dizer que a prova emprestada é admissível no processo civil nada diz definitivamente sobre o seu valor probatório no processo subsequente.[1084] Da mesma forma, o fato de a prova emprestada conservar a mesma natureza jurídica do meio de prova produzido do processo originário também não implica afirmar que a prova emprestada terá o mesmo valor probatório no processo subsequente[1085], até porque o juiz do processo no qual a prova aportará não está vinculado às conclusões obtidas por aquele que tomou a decisão anteriormente.[1086]

Deste modo, é preciso, para além de verificar qual o meio de prova, também observar as condições nas quais aquela prova foi produzida no processo de origem[1087], para em seguida se realizar nova valoração da prova com o conjunto probatório formado no processo subsequente.

Dentro deste tópico, há muito defende Jeremy Bentham[1088] em sua obra a prova emprestada como "prova inferior". Explica o autor que, conquanto à primeira vista possa parecer uma prova com grande peso, há uma série de considerações que devem ser levadas em conta ao se valorar a prova emprestada, tais como o problema da conservação da prova (há de se lembrar que o autor escreveu suas obras entre os séculos XVIII e XIX), bem ainda o fato de que a prova foi produzida sob circunstâncias, pessoas e objetivos diferentes do processo do qual se pretende aportar a prova.

De fato, embora não se acolha a ideia de "prova inferior" de Jeremy Bentham com relação à prova emprestada, há de se reconhecer que o ambiente processual em que produzida a prova no processo administrativo é mais flexível que o judicial, próprio

---

[1082] Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2 : procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**, cit., p. 111; FERREIRA, William Santos. Das Provas, *in*: **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil - Teresa Arruda Alvim Wambier et al (coords)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1000 e 1003.
[1083] VIALE DE GIL, Paula A. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, cit., p. 134.
[1084] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 308.
[1085] *Ibid*., p. 314.
[1086] ECHANDIA, Hernando Devis; VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Compendio de la prueba judicial - Tomo I**, cit., p. 178.
[1087] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 314.
[1088] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 191.

inclusive ao princípio do formalismo moderado que informa esse tipo de processo, conforme já tratado no trabalho. Demais disso, o próprio poder público que produziu o ato questionado no judiciário, se for parte no processo judicial, é quem por vezes conduziu a produção da prova no processo administrativo.[1089]

Por conseguinte, a tendência é a de que a prova emprestada de processo administrativo, embora mantenha a natureza do meio de prova, não conserve a mesma eficácia do processo de origem.

Não se trata, no entanto, de regra imutável, o que, ao fim e ao cabo, dependerá das circunstâncias de cada caso. Sobre o tema, ensina com clareza Moacyr Amaral Santos[1090]:

> Sabido é que no processo administrativo a prova não se reveste, geralmente, das mesmas cautelas, nem se produzem com as mesmas formalidades indispensáveis à sua vitalidade no feito judiciário. Ali, não existe a figura equidistante entre as partes, representada na pessoa do juiz, órgão, encarregado pelo Estado, da aplicação do direito e da distribuição da justiça; ali a própria administração, que dirige o processo. (...) Por isso, não se deve atribuir à prova emprestada de processo administrativo o valor inicial, a eficácia nêle reconhecida.

E acresce o mesmo autor:

> Em resumo, a eficácia da prova produzida em processo administrativo e conduzida a processo civil será maior ou menor, conforme as circunstâncias, a natureza da causa, interesse das partes, condições em que foi colhida – podendo ser nenhuma, ou equivaler a mero adminículo probatório, ou mesmo, em dados casos, à prova bastante do fato (...).[1091]

Em suma, dadas as mencionadas circunstâncias, conquanto guarde a mesma natureza do meio de prova do processo em que foi colhida, deve o juiz levar em conta ao valorar a prova emprestada oriunda de processo administrativo as especificidades do processo de origem em que colhida a prova.

6.4. Provas unilaterais e ato administrativo

Busca-se com a presente seção tratar das provas unilaterais produzidas pela administração pública.

O capítulo se divide em duas partes: uma primeira, em que se discute o problema da admissão e da valoração das provas unilaterais de um modo geral; e uma segunda

---

[1089] Como recordam João Batista Lopes e Maria Elizabeth Castro Lopes: "Naturalmente, em relação às provas produzidas sob sua direção, mais confortável será ao julgador atribuir-lhes o valor que merecerem, o que se torna mais difícil quando se cuidar de prova emprestada" (LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria geral da prova**, São Paulo: Castro Lopes, 2022. p. 409).
[1090] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 321.
[1091] *Ibid*., p. 322.

parte, em que se discute certos aspectos do plano material, notadamente do Direito Administrativo, que estão por trás da produção de provas unilaterais pela administração pública.

6.4.1. Provas unilaterais: uma questão de valoração e suficiência probatória

A problemática da prova unilateral para longe está de ser um tema novo no Direito Probatório. Com efeito, Jeremy Bentham[1092], ao comentar em sua obra das provas que considera inferior, para além da prova emprestada acima tratada, alude a um tipo de prova que denomina de "extrajudicial evidence*",* as quais, no fundo, constituem provas produzidas fora do processo judicial, tais como cartas, notas e diários, sem a participação de todas as partes por elas atingidas.

Segundo ainda aponta o mesmo autor, o que o faz considerá-las inferior é a ausência de alguns princípios que as tornam normalmente seguras, como por exemplo a ausência do princípio da *cross-examination*.[1093]

De fato, as ideias pioneiras de provas inferiores e "extrajudicial evidence*"* de Jeremy Bentham já denotavam a preocupação do autor com relação à força probante daquelas provas produzidas sem a presença de todas as partes por ela atingidas, ou seja, das provas unilaterais.[1094]

Em que pese antigo, o tema da prova unilateral é ainda controverso, sobretudo no que diz respeito à admissibilidade e à valoração do documento particular unilateral. Em geral, o que se observa é que o problema é tratado no âmbito dos documentos

---

[1092] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 190 e ss.

[1093] *Ibid*. Vale lembrar que aludidas provas não se confundem, na visão do autor, com aquilo que denomina de "provas pré-constituídas", ou seja: "the creation and preservation of which have ordained by the law as pre-requisites do the existence of certain rights and obligations, so that these rights or obligations shall not be sustained without the production of this evidence". Por exemplo, entende o autor que os livros comerciais são exemplos de provas pré-constituídas (*Ibid*., p. 115 e 191).

[1094] Sobre o tema, convém transcrever lição de William Santos Ferreira *et al* sobre a obra de Jeremy Bentham: "Interessante, ainda, é a caracterização e classificação das provas inferiores (inferior evidence) a serem utilizadas na ausência de outras provas. Neste momento da obra – livro sexto – ele discorre sobre as provas inferiores e aduz que são mais débeis do que as provas circunstanciais, que para ele já tendem a ostentar menos força probatória do que aquelas que se referem diretamente ao fato principal. Dentre as provas inferiores, segundo o jurista, tem-se as 'Pruebas semi preconstituidas o ex parte' ou 'Démi-preconstituded evidence (evidence exparte)' que nos parece ser a chave para um aprofundamento do problema das provas unilaterais no Brasil" (FERREIRA, William Santos; HOFFMANN JÚNIOR, Lírio; DAVID, Tiago Bitencourt de. Jeremy Bentham e seu Tratado das Provas Judiciais: um Convite à Leitura de um Clássico para a Compreensão de Alguns Aspectos Atuais e Polêmicos do Direito Probatório. **Revista Magister de Direito Civil e Processual**, ano XVIII, n. 105, p. 29–43, nov-dez, 2021. p. 41).

particulares e, no caso brasileiro, notadamente a partir dos artigos 408, 415 e 418, todos do CPC/2015. Vejamos, então, algumas formulações da doutrina sobre a questão.

Em primeiro lugar, traz-se a antiga lição de Francesco Ricci[1095], em que o autor, ao aprofundar o *princípio de prova escrita* no processo, enuncia o raciocínio muito difundido segundo o qual um escrito somente serve de prova se for originado da pessoa contra a qual se pretende provar um fato.

De modo semelhante, Moacyr Amaral Santos trata da prova unilateral quando discute o documento particular e o princípio *nemo sibi titulum constituit*. Alerta o autor que "tratando-se, porém, de instrumento unilateral, este, salvo algumas exceções previstas em lei, exige outras formalidades para sua eficácia".[1096] E segue o mesmo autor no sentido de que a regra é que se presume a veracidade das declarações constantes de um documento em relação somente a seu signatário.[1097]

Pontes de Miranda[1098] esbarra no tema da unilateralidade da prova ao comentar sobre as cartas, das memórias e das confissões. Na visão do autor, tais provas: "(...) têm o seu âmbito de sigilo: são unilaterais, no sentido de escritos que, por sua natureza, não se remetem a outrem; a comunicação abre, excepcionalmente, aquele âmbito, sem que se dê a bilateralidade ou plurilateralidade".[1099] E acresce o autor: "Diários, memórias ou confissões só se bilateralizam ou pluralizam quando duas ou mais são as pessoas que escrevem, sem separação de conteúdo".[1100] Ao final, conclui Pontes de Miranda[1101] sobre as cartas e registros domésticos que: "a prova é a favor de outrem, e não de quem escreveu e assinou ou só assinou a carta", mas admite o autor excepcionalmente que as cartas e registros domésticos favoreçam quem as elaborou, pois, segundo o autor: "não

---

[1095] Nas palavras do autor: "Lo scritto deve provenire da colui contro il quale si allega, o dalla persona que esse rappresenta. Se sia quindi impugnata la firma che leggessi in uno scritto, non può questo considerar qual principio di prova, se prima non siasi verificata la firma impugnata. Né può pretendersi che si abbia considerare come proveniente dalla persona, contro la quale se allega, quello scritto che si dice firmato da un terzo per commissione della parte stessa contro cui si produce" (RICCI, Francesco. **Commento al codice di procedura civile italiano - Vol II - Delle prove, delle sentenze e dei mezzi per impugnarle**, cit., p. 31).

[1096] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 205.

[1097] *Ibid*., p. 206 e 207.

[1098] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 266.

[1099] *Ibid*.

[1100] *Ibid*.

[1101] *Ibid*., p. 373.

se confunda a prova com algum elemento contributivo para apreciação das provas pelo juiz".[1102]

Cândido Rangel Dinamarco[1103], de outro lado, assinala no âmbito da prova documental particular que: "É natural que o documento particular assinado por um sujeito *não prove contra outro sujeito* (...)". E acresce o mesmo autor, no entanto, que os livros empresariais que preencham os requisitos por lei constituem exceção a aludida regra.

Luiz Muñoz Sabaté[1104] também acolhe o raciocínio de que o documento particular, de modo geral, não faz prova contra o sujeito que não participou de sua produção. Sem embargo, entende o autor que as provas unilaterais, formadas a partir daquilo que denomina de *preconstitución insuspectiva*, ou seja, documentos que são produzidos com muita anterioridade ao processo sem que tenham sido formados de modo intencional para o resultado do processo, podem ser utilizados como prova em favor daquele que os produziu.[1105] Como exemplo, Luiz Muñoz Sabaté[1106] cita um diário íntimo apresentado em juízo pelo seu próprio autor, produzido ainda em sua infância, 30 anos antes do processo judicial, para provar fatos que lhe sejam favoráveis.

Fredie Didier *et al*[1107] tratam da prova unilateral ao aprofundar a questão da autoria da prova documental. Aduzem os autores que: "Se um documento foi unilateralmente produzido pela parte (seja essa autoria material ou intelectual, ou ambas), será de pouca ou nenhuma eficácia contra a parte contrária, embora possa por ela ser utilizado *contra* o seu autor".[1108]

Luis Alberto Reichelt[1109], por sua vez, ao examinar os artigos 376 e 377 do CPC/1973, assim assinala: "De fato, o emprego de cartas ou de registros domésticos, em sendo considerados tais documentos à luz do contexto ditado por regras de experiência, pode servir como prova indireta de alegações sobre fatos de interesse do autor de tais documentos". E acresce o mesmo autor: "o que não se permite com tal

---

[1102] *Ibid*., p. 373.
[1103] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 674 e 675.
[1104] SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, cit., p. 324 e 336.
[1105] *Ibid*.
[1106] *Ibid*., p. 342.
[1107] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 211.
[1108] *Ibid*.
[1109] REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, cit., p. 270.

dispositivo legal é, antes de tudo, a formação do convencimento jurisdicional com base em prova direta produzida unilateralmente".[1110]

Por derradeiro, Vitor de Paula Ramos[1111], ao comentar sobre a valoração dos documentos, traz à tona o problema da unilateralidade da prova. Destaca o autor que a doutrina clássica, e a jurisprudência até hoje, reproduzem o raciocínio de que um escrito de uma parte não pode fazer prova a seu favor, o que leva à compreensão de que escritos unilaterais não tem valor ou tem pouco valor no processo.[1112] Nada obstante, a despeito disso, traz o autor uma série de julgados em que provas unilaterais, inclusive de natureza de documento particular, são admitidas sem problemas e consideradas aptas a provar certos fatos, a exemplo de laudos técnicos e orçamentos para a prova de danos em equipamentos. [1113]

O que se observa, portanto, é uma nítida preocupação da doutrina relativamente à eficácia probatória, e até admissibilidade, das provas documentais, notadamente as de natureza particular, que são realizadas sem a participação da parte que por ela é prejudicada no processo. E por uma razão simples: a conclusão de que coisa qualquer pode ser registrada em um suporte sem que isso seja garantia de que o fato registrado tenha acontecido na realidade.[1114]

Isto posto, o problema que surge é o debate sobre a admissão das provas unilaterais do processo, notadamente as de natureza particular. Como já tivemos a oportunidade de discorrer, constitui a formação do conjunto probatório o momento destinado, mediante requerimento ou de ofício e posterior produção da prova, à elaboração de um conjunto de elementos probatórios que confirmem ou não as hipóteses fáticas objetos do processo.[1115]

Aludida etapa apresenta dois filtros: um filtro epistemológico ou lógico, voltado a excluir provas não relevantes; e um outro filtro normativo, voltado a excluir provas que não atendem algum tipo de valor tutelado pelo ordenamento.[1116]

[1110] *Ibid*., p. 274.
[1111] RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 59 e 60.
[1112] *Ibid*.
[1113] *Ibid*.
[1114] *Ibid*., p. 236.
[1115] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 62.
[1116] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 63.

De um ponto de vista do filtro epistemológico, entende-se que a prova unilateral, ainda que de natureza particular, é admissível. Afinal, toda prova relevante, sob este aspecto, deve ser aceita no processo, já que constitui regra epistemológica, como pondera Marina Gascón Abellán[1117], a necessidade de que seja admitido e utilizado qualquer elemento que permita aportar ao processo informação relevante sobre os fatos discutidos.

De outro lado, sob uma visão normativa, também se entende que o ordenamento brasileiro não veda de modo geral as provas unilaterais, mesmo os documentos de natureza particular, já que o art. 369 do CPC consagra no sistema processual civil um critério bem amplo de aceitação de provas, inclusive de provas atípicas.

E nem se diga que os artigos 408 e 415 do CPC vedam no processo as provas unilaterais. Afinal, os dispositivos em comento tratam da força probante de certas declarações constantes de documentos particulares, e não propriamente da admissão ou não de provas unilaterais no processo civil.

Sem embargo, o que se nota no tema das provas unilaterais é que por vezes são inadmitidas no processo civil, fruto de uma comum confusão na prática judicial entre as etapas da admissão e valoração das provas.[1118] Aludida confusão não é exclusiva ao campo do ato administrativo, tampouco do processo civil: trata-se de problema observado em todos os tipos de processos judiciais, como anota Danilo Knijnik.[1119]

O raciocínio por trás disso parece ser evitar no processo provas de "qualidade inferior", sem, no entanto, se dar conta que a maior ou menor qualidade das provas é uma questão relacionada com o grau de suficiência demandado no Direito para se ter por provada uma hipótese fática, o que, em geral, se faz no momento da tomada da decisão e a partir da valoração de todo um conjunto probatório formado, e não somente uma prova.[1120]

[1117] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 115.
[1118] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 19.
[1119] *Ibid*.
[1120] Como explica Carmen Vázquez Rojas: "Ahora bien, la calidad de las pruebas es una cuestión gradual, no categórica; por ello, surge de inmediato la duda sobre el grado de calidad *suficiente* para que una prueba sea admitida. Para responder a ello habría que relacionarlo con el grado de suficiencia exigido para tener por probada una hipótesis, es decir, con el estándar de prueba. No tendría ningún sentido implementar en la admisión de un tipo de exigencias igual de altas que aquéllas establecidas para dar por probados los hechos a partir del conjunto de pruebas" (VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 138).

A confusão em tela pode gerar distorções processuais graves, pois, mesclar as etapas da admissão e valoração pode fazer com que uma prova não seja admitida e, portanto, não integre o conjunto probatório, em razão de o julgador entender se tratar de uma prova de pouca valia. Deste modo, as etapas de admissão e a valoração da prova, nas palavras de Danilo Knijnik[1121], constituem "planos diversos que devem ser separados com nitidez".

Por conseguinte, há de se distinguir as diferentes etapas probatórias e centrar os esforços da prova unilateral na etapa de sua valoração. Nesse caso, é elementar que a prova unilateral, notadamente a de natureza particular, chama a atenção, justamente em razão de a parte desfavorecida não ter participado de sua produção. Daí o porquê de se afirmar que dificilmente o juiz poderá considerar uma hipótese fática provada com base exclusivamente em documento particular unilateral[1122], o que revela a importância da completude do material probatório, inclusive de provas do contexto em que foi produzida a prova unilateral.[1123]

Seja como for, convém destacar, por derradeiro, que a confiabilidade da prova unilateral cresce também conforme sua produção tenha sido não intencional com relação ao processo judicial. O tema, por exemplo, é tratado na obra de Susan Haack[1124], quando a autora examina os problemas dos vieses nas investigações realizadas com o propósito de encontrar provas favoráveis apenas para uma das partes do litígio.

Tal como analisa Adrian Zuckerman[1125], o problema dos vieses diz respeito à tendência, ainda que inconsciente, de se apenas produzir ou considerar provas que

---

[1121] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 19.
[1122] REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, cit., p. 270.
[1123] Nas palavras de Vitor Paula de Ramos: "Assim, uma vez mais, também em relação aos documentos com símbolos, resta saliente a necessidade de busca pela completude tendencial do material probatório, assim como provas a respeito do contexto de produção desse (...)" (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 244).
[1124] Sobre o tema, convém registrar o seguinte trecho da obra de Susan Haack: "Entonces, describir la investigación como 'orientada al litigio' puede significar tanto *a)* que la necesidad de ese trabajo surge de un litigio, como b) que el trabajo fue iniciado con el propósito de encontrar pruebas favorables para una de las partes del litigio, y explicar das debilidades de las pruebas que favorecen a su contraparte o de alguna manera derrotarlas. La investigación orientada al litigio en el sentido *a)* puede estar, aunque no necesariamente, también orientada al litigio en sentido *b)*. La investigación orientada al litigio en el primer sentido no es particularmente susceptible a sesgos solo por estar, en ese sentido, orientada al litigio. Pero la investigación orientada al litigio en el segundo sentido (es un tipo de) investigación para abogar; y, entonces, si mi análisis es correcto, tiene un peligro inherente de sesgos" (HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**, cit., p. 283).
[1125] Como esclarece Adrian Zuckerman: "Confirmation bias consists in a tendency to seek evidence supporting the hypothesis that the investigator has formed and to ignore evidence or explanations that undermine this hypothesis" e acresce o mesmo autor que: "A series of experiments in the 1960s showed

suportem certas hipótese, ignorando-se assim outras provas ou hipóteses que possam afastar aquela hipótese defendida por quem detém o viés, o que acaba por danificar a integridade das conclusões probatórias obtidas. Daí o porquê de o tema ser bastante relevante no que diz respeito às provas unilaterais.

Seja como for, a questão da intenção na produção das provas unilaterais, como acima visto, trata-se do que Luiz Muñoz Sabaté[1126] denomina de *preconstitución insuspectiva*, ou seja, de provas que são produzidas com muita anterioridade ao processo e sem que tenham sido formadas de modo intencional para a sua instrução.

De fato, se se parte do pressuposto de que as partes e respectivos advogados não buscam necessariamente a verdade no processo, mas, ao contrário, procuram lograr êxito[1127], faz sentido atribuir confiança diferente àquelas provas que, embora unilaterais, foram produzidas com muita anterioridade e sem a intenção de provar hipóteses fáticas controvertidas em um processo.

6.4.2. Provas unilaterais e a administração pública

Feito breve esboço sobre a prova unilateral, surge a indagação se há algo de especial nas provas unilaterais produzidas pela administração pública, fruto até do reconhecimento da importância de se olhar os planos material e processual de modo conjugado.

De fato, como acima visto, grande parte das preocupações da doutrina sobre a prova unilateral surge a partir da admissibilidade e valoração dos documentos

---

that people tend to be biased in favor of their existing beliefs". Arremata ainda o autor no sentido de que: "Confirmation bias is unintentional and unconscious. It takes the form of automatically adopting a biased strategy rather than of deliberate deception (ZUCKERMAN, Adrian. No Justice Without Lawyers—The Myth of an Inquisitorial Solution. **Legal research paper series**, n. 66, p. 355–374, 2014. p. 362).

[1126] SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, cit., p. 324 e 336.

[1127] Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual : nona série**, São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 87; HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**, cit., p. 328. Inclusive, sobre o tema ora tratado, convém registrar interessante passagem da obra de Francesco Carnelutti: "A finalidade das partes é ter razão; a finalidade do processo é dar a razão a quem a tenha. (...). Que o processo não se desenvolva nunca em interesse das partes, não exclui que uma delas, ou inclusive cada uma dentro de determinados limites, não obtenha proveito do mesmo" (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**, cit., p. 337). Sem sombra de dúvida, trata-se de tema delicado, especialmente no que diz respeito à ética profissional do advogado, mas que foge do escopo da pesquisa. Sem embargo, a problemática foi, por exemplo, aprofundando em DENTI, Vittorio. Public Lawyers, Political Trials and the Neutrality of the Legal Profession. **Israel Law Review**, v. 16, p. 20–27, 1981.

particulares. Daí o porquê de o tema ser em geral tratado a partir da leitura dos artigos 408, 415 e 418, todos do CPC/2015.

Sem embargo, é correto afirmar que a administração pública produz provas unilaterais, até em razão da unilateralidade de grande parte dos atos administrativos e a sua atuação imperativa, para além da necessidade de se observar a eficiência nos muitos atos que produz diariamente, ainda que cada vez mais se enalteça uma atuação dialógica.

O exemplo da multa de trânsito bem ilustra a produção de provas unilaterais pela administração pública no âmbito do ato administrativo, inclusive com permissivo legal expresso. Com efeito, determina o art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro que "Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração (...)". O §2° do aludido dispositivo, em seguida, assinala que: "A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN".

Veja que o dispositivo em tela arrola uma série de provas unilaterais para a prova da infração prevista na legislação de trânsito, inclusive declaração da autoridade ou do agente de trânsito.

Outro exemplo que bem ilustra o uso da prova unilateral pela administração pública são os cartões de ponto digitais, por meio dos quais são registradas as jornadas de trabalho, notadamente entrada e saída e os intervalos para descanso e refeição do agente público. Cuida-se de documento que, no mais das vezes, não vem acompanhado da respectiva assinatura do agente público, podendo ser utilizado no processo judicial, por exemplo, para esclarecimento de questões fáticas envolvendo adicional de hora-extra ou assiduidade do servidor.

Também serve como outro exemplo os holerites ou contracheques disponibilizados de maneira digital pela administração pública, cujo principal objetivo é servir de prova do pagamento dos vencimentos e outros benefícios administrativos, os quais por vezes também não são acompanhados de assinatura do respectivo agente público.

É importante ressaltar que a unilateralidade da prova não tem necessariamente relação com a unilateralidade do ato administrativo: é possível que o administrado participe da produção de provas junto com a administração pública, a exemplo de uma

prova testemunhal realizada em um processo administrativo disciplinar, mas o ato administrativo sancionador, ao fim e ao cabo, permaneça unilateral.[1128]

Seja como for, não se pretende no tópico discorrer sobre a maior necessidade ou não de participação do administrado na produção de provas pela administração pública, mas sim tratar do fato de que provas unilaterais com frequência são produzidas pela administração pública e, por vezes, levadas ao processo judicial para a discussão das questões fáticas.

De um lado, há de se reconhecer que a administração pública pode produzir documentos com a força probante do art. 405 do CPC[1129], inclusive de modo unilateral.[1130] Trata-se de situação em que o próprio ordenamento confere específica eficácia ao documento público munido de fé pública, mesmo em face daquele que não participou de sua elaboração.[1131]

Todavia, entende-se que nem todo documento firmado por agente público possui a força probante quanto ao conteúdo tal como aquela prevista no art. 405 do CPC, dado que nem todo agente é detentor de fé pública no exercício de suas competências.[1132] Como esclarece Pontes de Miranda[1133], é preciso que a lei que rege a função do agente público confira ao documento público tal eficácia probatória. De todo modo, o tema será tratado com mais profundidade posteriormente, nos capítulos em que o trabalho examina a relação entre a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, a fé pública e os documentos públicos.

[1128] PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo, cit., p. 7. Nesse sentido, vale transcrever ainda trecho da obra de Ricardo Marcondes Martins: "Nos regimes democráticos, para a edição do ato administrativo unilateral, quer dizer, do ato administrativo cujo conteúdo é ditado pela manifestação unilateral de um ente administrativo, como regra geral, a Administração Pública deve garantir aos administrados o direito de participar das decisões administrativas, vale dizer, o direito de influenciar na decisão sobre a edição do ato unilateral. Não é essa a participação exigida nos atos bilaterais. Não é uma influência para que se decida em determinado sentido, é a *participação na elaboração do conteúdo da norma administrativa editada*. Destarte, o direito de participação no processo administrativo e, por, o exercício do ônus de trazer elementos probatório e argumentos, não faz, por si, do ato administrativo final um ato bilateral" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 138).

[1129] Art. 405 do CPC: "O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença".

[1130] É que nos recorda Fredie Didier *et al* ao tratar em sua obra da ata notarial (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 240).

[1131] Como assevera Moacyr Amaral Santos, a aludida eficácia atinge não somente as partes que produziram o documento, mas também terceiros (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**, cit., p. 125).

[1132] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 564.

[1133] *Ibid*., p. 358.

Assim, de modo similar ao problema dos documentos particulares, há de se debater sobre o uso no processo das provas unilaterais produzidas pela administração pública, notadamente aquelas que não são dotadas de fé pública. Como visto no capítulo anterior, no que diz respeito às provas unilaterais, o foco da questão deve se dar na etapa de valoração e não admissão da prova.

Com isso em mente, reconhece-se que o simples fato de a prova ser produzida pela Estado não é garantia, por si só, de sua qualidade.[1134] A prova unilateral produzida pela administração pública, portanto, continua sendo uma prova produzida sem a participação da parte por ela atingida[1135] , com os problemas daí inerentes, o que revela a importância da completude do material probatório, inclusive de provas do contexto em que foi produzida a prova unilateral.[1136]

Há, no entanto, certas questões que merecem consideração por ocasião da etapa de valoração, questões estas que podem determinar a maior ou menor fiabilidade ou credibilidade[1137] dos mecanismos ou instrumentos empregados na produção de provas unilaterais pela administração pública e que, por conseguinte, podem influenciar o aludido momento da prova.[1138] Os pontos a seguir tratados podem surgir com maior ou menor grau segundo o caso concreto.

[1134] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 139.

[1135] Nesse específico ponto, inclusive, Fredie Didier *et al,* ao tratar em sua obra da ata notarial, traz sua preocupação mesmo com relação aos documentos públicos dotados de fé pública quando produzidos unilateralmente. Aludem os autores que: "Por mais que o tabelião goze de fé pública, a documentação normalmente é feita *sem* a presença da parte contra quem o documento é produzido no processo (...) Isso, contudo, não afasta a necessidade de o juiz dar-lhe valor que, no caso concreto, ela merece, inclusive repetindo, se for o caso, a diligência outrora efetivada pelo tabelião, a fim de que a parte contra quem foi produzida possa, como lhe é de direito, participar da produção da prova (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 240 e 241).

[1136] Nas palavras de Vitor Paula de Ramos: "Assim, uma vez mais, também em relação aos documentos com símbolos, resta saliente a necessidade de busca pela completude tendencial do material probatório, assim como provas a respeito do contexto de produção desse (...)" (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 244).

[1137] A credibilidade das provas, nas palavras de Michele Taruffo: "(...) attiene principalmente alle caratteristiche del mezzo di prova e alla possibilità che esso fornisca una rappresentazione del fatto attendibile, non erronea e non viziata (TARUFFO, Michele. La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova, cit., p. 441). Sem embargo, como atesta Susan Haack, a maior fiabilidade ou credibilidade da prova é tema espinhoso no Direito Probatório, conforme o seguinte trecho de sua obra: "De hecho, la fiabilidad probatoria es enigmática, un concepto con dos caras. (...) En el lenguaje ordinario, aunque 'fiable' tiene una maraña de usos, en todo ellos (…) connota algo que merece confianza, que es gradual" (HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**, cit., p. 344).

[1138] Conforme esclarece Carmen Vázquez Rojas no âmbito das provas periciais produzidas por órgãos oficiais, mas que entendemos aqui aplicável: "Pese a su institucionalización, podríamos tener organismos que sean de baja calidad y, así, como se ha visto en el primer capítulo, un perito podría aún sufrir de cierta parcialidad cognitiva o disposicional. Por ello, dicha institucionalización podría servir sólo a efectos de

De um lado, há de se reconhecer que a atuação da administração pública é desinteressada, já que se volta, ao menos a princípio, à preservação do interesse público, e não a interesses próprios.

Sobre o tema, aduz Jean Rivero[1139]: "O motor da acção administrativa, pelo contrário, é essencialmente desinteressado: é a prossecução do interesse geral, ou ainda da utilidade pública, ou, numa perspectiva filosófica, do bem comum". É também o entendimento de Gabino Fraga[1140] que, ao examinar a presunção de legitimidade dos atos administrativos, pondera que os órgãos públicos são, em realidade, instrumentos desinteressados que perseguem a satisfação de uma necessidade coletiva dentro do que dispõe o ordenamento.

No campo do desinteresse, não se pode perder de vista ainda que a administração pública atua por meio de seus órgãos, mas estes, ao fim e ao cabo, são compostos por indivíduos.[1141] Sempre quem prática um ato ou celebra um contrato é premido pela realização de um valor ou de um interesse, ou seja, um objetivo ou finalidade a atingir.[1142] No entanto, ao menos a princípio, nada ganha o agente público, em relação a si próprio, ao produzir provas unilaterais que beneficiem indevidamente a administração pública, já que o agente não é titular da relação jurídica que se estabelece com o administrado.

É claro que dizer que a atuação da administração pública e do próprio agente público é desinteressada não implica afirmar que a atuação de ambos é sempre desinteressada. Até porque, um dos capítulos desta pesquisa é justamente tratar da prova do móvel do agente público no tema do desvio de poder, caso inclusive em que o desvio pode ocorrer para beneficiar interesses da própria administração pública, a exemplo da

---

obtener mayor información sobre la fiabilidad de los mecanismos o instrumentos empleados en los peritajes, pero no es en sí misma una garantía de calidad" (VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 139).

[1139] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 15.

[1140] FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, cit., p. 282.

[1141] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 92.

[1142] Na dicção de Miguel Reale: "O fenômeno jurídico manifesta-se ou existe porque o homem se propõe fins. Não é possível que se realize, por exemplo, sem que algo mova os homens à ação. Quem contrata é impelido pela satisfação de um *valor* ou de um interesse, por um objetivo a atingir, por um *fim* qualquer que constitui o ato, dando-lhe vida e significado como razão de seu *dever ser*" (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 522).

aplicação de multa com finalidade arrecadatória. Da mesma forma, como esclarece Adrian Zuckerman[1143], os vieses podem se operar ainda que de forma inconsciente.

Trata-se assim apenas de considerar o desinteresse como ponto de partida na discussão probatória, e não um ponto de chegada.

De outro lado, a produção de provas unilaterais é reforçada por vezes pelo próprio princípio da eficiência que necessariamente informa a atuação do poder público (art. 37 da CF), de modo que nem sempre a administração pública tem condições de produzir atos administrativos sem provas unilaterais.[1144]

É o caso do já citado art. 280 do CTB, que franqueia ao poder público a possibilidade de produção de uma série de provas unilaterais (declarações, fotos etc.) para a aplicação de multa de trânsito ou, ainda, dos exemplos dos cartões de ponto ou contracheque digitais que não são acompanhados de assinatura de agentes públicos, dada por vezes a enorme quantidade de funcionários e registros de jornada que podem ocorrer ao longo do dia da administração.

Há também de se reconhecer que, por vezes, a atuação da administração pública, inclusive quando produz provas, é submetida a procedimentos formais que o particular não se submete como regra[1145], como visto inclusive por ocasião das discussões que foram feitas sobre o processo administrativo, notadamente no tema do princípio do formalismo moderado.

De fato, como pondera Carlos Ari Sundfeld[1146]: "o processo é, em consequência, o modo normal de agir do Estado, sendo consequência direta da ideia de função", de modo que, inclusive, não observada a correta processualidade, o ato pode ser invalidado em razão do descumprimento de requisitos procedimentais.

[1143] ZUCKERMAN, Adrian. No Justice Without Lawyers—The Myth of an Inquisitorial Solution. **Legal research paper series**, n. 66, p. 355–374, 2014. p. 362).

[1144] Cita-se interessante trecho da obra de Niklas Luhmann, o qual, embora não trate de prova unilaterais, chama a atenção para o problema da falta de informações e eficiência na administração: "A administração nunca pode, aliás, obter informações 'completas'; ela tem sempre que decidir sob a condição duma incerteza parcial, não pela não-existência de informações suficientes, mas sim porque os esforços para o seu emprego, ou quanto ao esclarecimento da questão da sua existência, seriam demasiado dispendiosos. A medida em que é racional obter informações será logo objeto de cálculo próprio, em que entrariam não só os critérios de relevância dos programas, como também as questões de gastos de tempo, mão-de-obra, dinheiro, etc" (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento. Trad. de Maria de Conceição Corte Real**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 172).

[1145] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 67.

[1146] SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo, cit., p. 67.

Por fim, há de se rememorar que a atuação da administração pública se submete a controle interno e externo.[1147] Portanto, existem órgãos internos de controle, o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, o Poder judiciário e o próprio povo, os quais exercem importante papel de fiscalização da atuação do poder público, inclusive quando produz provas.

Os elementos acima trazidos não implicam afirmar que as provas produzidas pela administração são todas dotadas de presunção de legitimidade. Até porque, como visto, o simples fato de ser a administração pública a produtora da prova não é garantia de qualidade das provas produzidas. A presunção de legitimidade e veracidade, conforme será mais bem explicada a seguir, acompanha o ato administrativo, e não qualquer prova ou declaração emitida pelo poder público.

Ao fim e ao cabo, o que se propõe é apenas levantar alguns elementos, que podem variar de acordo com o caso concreto, pertinentes ao plano material subjacente às provas unilaterais produzidas pela administração pública, os quais podem influenciar na etapa de valoração por ocasião do processo judicial.

6.5. A produção de provas pela fazenda pública no processo judicial

Neste tópico, o trabalho avança para discutir sobre a congruência entre a etapa administrativa e o processo judicial. Serão discutidos assim os enunciados fáticos lançados, e a produção de provas, pela administração pública em processos judiciais em que se discute ato administrativo.

6.5.1. Os enunciados fáticos formulados pela administração pública no tema do ato administrativo

Tema interessante que surge no presente tópico diz respeito aos enunciados fáticos que podem ser trazidos pela administração nos processos judiciais em que se

[1147] Como há muito elucida Adolf Merkl: "Como la administración es ejecución del derecho expresado em fórmulas generales, especialmente de la ley, toda acción administrativa corre el peligro de contradecir alguno de los preceptos jurídicos que han de ser aplicados al administrar. (…). Así se explica que, al mismo tiempo que se encomendaba a la administración la aplicación de un cúmulo de leyes administrativas, se instituían por otra parte una serie de precauciones para que la administración no violara los límites que esas mismas leyes frente a una administración le prescribían. A esta desconfianza frente a una administración que asumía toda la herencia del Estado absoluto, debe su nacimiento todo el *sistema de los medios de fiscalización administrativa*" (MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**, cit., p. 462).

discute atos administrativos. Afinal, discutir a produção de uma prova no processo primeiro perpassa pela questão do que vai ser provado.

Com efeito, como já tivemos oportunidade de discutir no trabalho, os fatos trazidos pelas partes ao processo não podem ser provados em si mesmo.[1148] Ao revés, o que se discute no processo, e é objeto da prova, são os enunciados ou proposições fáticas que afirmam a existência de uma dada realidade.[1149]

O enunciado fático pode ser definido, na esteira de Michele Taruffo[1150], como "qualquer enunciado em que um evento é descrito como ocorrido 'assim e assim' no mundo real (...)".

Com isso em mente, Iván Hunter Ampuero[1151] se questiona em artigo dedicado ao tema sobre qual a congruência entre o processo administrativo e o processo judicial no tema da prova e, consequentemente, qual a liberdade que a administração pública tem para lançar enunciados fáticos no processo judicial em que se discute o ato administrativo. A indagação é relevante, sobretudo se se parte da premissa que a processualidade administrativa é importante para melhor compreender as conclusões que serão adotadas no processo judicial.

Isto posto, parece correto afirmar que a administração pública tem liberdade restrita para lançar enunciados fáticos no processo judicial em que se discute atos administrativos. E ao menos por uma razão: a motivação do ato administrativo.

Veja que a motivação do ato administrativo, que de certa forma é também um requisito procedimental ou de formalidade do ato administrativo[1152], constitui o conjunto de raciocínios sobre os fatos e os fundamentos jurídicos em que a

---

[1148] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**, cit., p. 70.

[1149] Nesse sentido: SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**, cit., p. 12; TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 83.; COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**, Torino: UTET Giuridica, 2010. p. 4; SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 37; VERDE, Giovanni. Prova legale e formalismo. **Il Foro Italiano**, v. 113, parte quinta: monografie e varietà, p. 465/474, 1990. p. 465; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 63; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**, 2. ed. Barueri: Atlas, 2023. p. 429; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de processo civil comentado**, cit., p. 628.

[1150] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 60.

[1151] AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal.

[1152] SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**, cit., p. 67.

administração se apoia para produzir um determinado ato administrativo.[1153] Trata-se, assim, das razões que dão lugar ao ato administrativo.[1154]

Na esteira do que ponderam Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández[1155], a necessidade de motivação do ato obriga a administração pública a fixar os fatos de cuja consideração se parte e a incluir os aludidos fatos na hipótese de incidência de uma norma jurídica.

O que se percebe, a partir da motivação do ato, é que a administração pública já selecionou os enunciados fáticos que conferem suporte à prática de um ato administrativo. Daí o porquê de Carlos Ari Sundfeld[1156] aduzir que a motivação deve ser prévia ou contemporânea ao ato administrativo. E acresce o mesmo autor: "não pode ser posterior porque todo administrado tem direito a insurgir-se contra atos ilegais e, em consequência, direito a saber se o ato é ou não legal, para se decidir entre a aceitação e o recurso ao Judiciário".[1157]

Também sustentam Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[1158] a necessidade lógica de que a motivação, como regra, deve preceder, ou ao menos ser realizada de modo concomitante, com a produção do ato administrativo.

Em esteira parecida, defende Alberto Ramon Real[1159] que seria incorreto permitir que a administração pública oculte os motivos do ato administrativo para depois exibi-los ou inventá-los por ocasião do processo judicial, pois seria uma forma de validar uma conduta desleal do poder público.

Ou seja, uma vez apresentada a motivação do ato administrativa pela administração pública - o que deve ocorrer, como regra, antes ou concomitantemente à produção do ato-, a fazenda pública no processo judicial se restringe, em geral, a reiterar os enunciados fáticos que já foram selecionados como justificativa para a prática de um ato administrativo. Em outras palavras, no processo judicial, de modo geral, a fazenda pública ratificará a motivação do ato administrativo já realizada, o que limita o campo de possibilidade para trazer enunciados fáticos ao litígio.

[1153] REAL, Alberto Ramón. La fundamentacion del acto administrativo, cit., p. 116.
[1154] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, cit., p. 28.
[1155] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 570.
[1156] SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados, cit., p. 6 (versão digital).
[1157] *Ibid*.
[1158] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 117.
[1159] REAL, Alberto Ramón. La fundamentacion del acto administrativo, cit., p. 128.

É bem verdade, ainda que excepcionalmente, que nem sempre a fazenda pública reiterará no processo judicial a motivação anteriormente realizada, seja porque nunca motivou o ato administrativo, seja porque o fez de modo insuficiente ou até mesmo errado. Trata-se de situação em que se reconhece a existência de um problema de motivação do ato e se procede para a sua retificação no próprio processo judicial.

A questão, no entanto, deve ser cuidada, ao menos a princípio, pela teoria de nulidades do ato administrativo. E isso, pois é o Direito Administrativo que vai determinar se o ato deve ser invalidado em tais circunstâncias ou determinar a possibilidade e as condições em que a administração poderá realizar a motivação ulterior do ato por ocasião do processo judicial.[1160]

Por derradeiro ao tópico, parcela da doutrina defende a possibilidade de a administração pública lançar novas alegações fáticas no processo judicial em que se discute ato administrativo, além daqueles casos em que a teoria de nulidades do ato administrativo permite a motivação ulterior, nas seguintes hipóteses: de um lado, para suscitar novas alegações fáticas que apenas corroborem a motivação já realizada pela administração ou que sejam voltadas a impugnar os fatos trazidos pelo administrado[1161]; de outro lado, para suscitar novas alegações fáticas por força de fatos novos ou desconhecidos na ocasião em que o ato administrativo foi expedido.[1162]

6.5.2. A produção de provas pela fazenda pública no processo judicial: pode a fazenda pública superar o dever de prova do processo administrativo no processo judicial?

O vício de motivo (situação do mundo empírico), representado pela sua ausência ou, ainda, por fato ocorrido que não corresponde àquele descrito no ordenamento, leva à invalidação do ato, que não pode ser convalidado.[1163] Nessa hipótese, há um problema

---

[1160] Sobre os vício de motivação e a possibilidade de motivação ulterior, vide MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 248 e ss.
[1161] Nesse sentido: FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 485; AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 23; BETANCOURT, José Amando Mejía. La carga de la prueba en el contencioso-administrativo objetivo, cit., p. 144.
[1162] AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 20 e ss.
[1163] Nesse sentido: ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92; SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**, cit., p. 64.

anterior mesmo à motivação do ato administrativo: a ausência do suporte fático para a sua prática.[1164]

Sem embargo, o que se põe agora em relevo é situação distinta, na qual não se discute a princípio a existência ou não do motivo de fato do ato, mas sim um problema relativo à prova que inicialmente não foi realizada no processo administrativo, ou realizada de modo insuficiente, e que faz surgir a indagação sobre a possibilidade ou não de a administração pública produzir em juízo a prova que deixou de produzir na seara administrativa, de modo a evitar a invalidação do ato.

Tome-se, como exemplo, a situação em que a administração pública sanciona um agente público em razão da prática de insubordinação grave, sem, no entanto, colher provas suficientes por ocasião do processo administrativo disciplinar. Ajuizada a ação voltada à invalidação do ato com a causa de pedir no sentido de que não foi produzida a prova da acusação, pode a administração pública produzir a prova em juízo com vistas a demonstrar a existência da prática de insubordinação grave?

Cuida-se de debate interessante, pois, de um lado, tem-se a verdade a ser buscada no processo judicial e o direito fundamental à prova do poder público em juízo, corolário do contraditório[1165]; e de outro lado, o direito que o atingido pelo ato administrativo tem de que o ato seja produzido em respeito aos seus pressupostos de validade.

De fato, o direito fundamental à prova em Estados democráticos garante: (i) a admissão de todos os meios de prova relevante para demonstrar a verdade das afirmações sobre os fatos; (ii) a possibilidade de produção de provas; (iii) e, por fim, que os elementos probatórios produzidos sejam valorados racionalmente pelo juiz.[1166] Da mesma forma, a atividade instrutória, tanto no processo administrativo, como no processo judicial, busca demonstrar a veracidade dos fatos.[1167]

[1164] AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 4.

[1165] Como nos recorda Luigi Paolo Comoglio, o contraditório, como garantia estrutural do processo, garante, entre outros aspectos, a possibilidade das partes de: "(…) infruire, con l'esercizio dei poteri di argomentazione, di deduzione e di prova, sulla formazione del convincimento decisorio del giudice" (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. **Revista de processo**, v. 29, n. 116, julho-agosto, 2004. p. 132).

[1166] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 28.

[1167] CASTILLO, María Jesús. Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial. **Revista de Administración Pública**, n. 171, p. 217–247, septiembre-diciembre, 2006. p. 229.

Sem embargo, a despeito do direito fundamental à prova que é detentora a fazenda pública em juízo e da própria finalidade de busca da verdade por meio da atividade instrutória no processo judicial, entende-se que, como regra, não pode a administração pública produzir no processo judicial a prova que deveria ter realizado no processo administrativo, ainda que o motivo do ato seja existente e correto.

Antes mesmo de se alcançar a seara do Direito Probatório no processo judicial, com vistas a verificar se o motivo de fato do ato se reproduziu na realidade, deve ser discutido se a administração pública atuou ou não em conformidade com o Direito para a produção do ato administrativo.[1168-1169]

Em verdade, o que se tem na situação trazida é um vício na formalidade do ato administrativo, ou seja, um vício decorrente da ausência da formalidade necessária à prática do ato.[1170] Por conseguinte, enxerga-se não observados os requisitos procedimentais que devem anteceder o ato administrativo[1171], no caso específico, a necessidade de produção de provas.

Em que pese se entenda em algumas hipóteses possível convalidar o ato administrativo quando presente vício nos requisitos procedimentais do ato - o que, de todo modo, é bem discutível na doutrina administrativista a possibilidade de convalidar atos administrativos depois de impugnados-, tem-se que o requisito em tela não é convalidável quando se trate de formalidade que deva ser praticada pela administração, notadamente quando cause prejuízos ao administrado.[1172]

A ausência de prova da administração pública acaba por prejudicar a própria motivação do ato. Afinal, se a administração pública não produziu a prova que deveria produzir, consequentemente a motivação, que deve se basear nas provas produzidas no

---

[1168] Esclarece nesse sentido José Carlos Laguna de Paz: "En estos casos, en primer lugar, el juez debe controlar si la Administración ha llevado a cabo las actuaciones necesarias para verificar el supuesto de hecho. La Administración debe tomar en consideración todos los factores relevantes que han de ser tenidos en cuenta para adoptar la decisión" (PAZ, José Carlos Laguna de. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. **Revista española de Derecho Administrativo**, n. 186, julio-septiembre, 2017. p. 8).

[1169] Aplica-se o raciocínio de Bruno Cavallone, o qual, em que pese se refira de modo geral e exclusivamente ao processo judicial, vale aqui sua transcrição: "Sin olvidar nunca, finalmente, la importancia que tiene, en función de una decisión racional y 'justa', también una correcta y rigurosa organización del procedimiento y de cada uno de sus actos, construida completamente sobre el efectivo respeto del contradictorio, tanto entre las partes como entre ellas y el juez, y que sea también – por qué no – respetuosa de *standards* aceptables de decoro formal (…)" (CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia - un diálogo sobre prueba y verdad**, cit., p. 52).

[1170] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152.

[1171] SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**, cit., p. 67.

[1172] *Ibid*.

curso do processo administrativo, também restará prejudicada. Trata-se de aplicar a antiga regra de ouro do Direito Probatório, no sentido de que "o que não se pode motivar, não existe".[1173]

Veja que Ricardo Marcondes Martins[1174] traz a importância da relação entre a motivação e a prova, quando assim aduz em sua obra: "somente em uma hipótese o vício de motivação, por si só, pode gerar a invalidação do ato: trata-se dos atos conclusivos de processo administrativo em cuja motivação não conste o exame dos elementos probatórios".

Também defendem Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[1175] a necessidade lógica de que a motivação preceda ou seja concomitante à produção do ato administrativo. Os mesmos autores admitem excepcionalmente a convalidação do ato, com a motivação ulterior, salvo naquelas hipóteses de atos conclusivos do processo cuja motivação não se refira às provas produzidas, ou ainda que a estas se reporte, a avaliação seja insuficiente.[1176]

Daí o porquê de Tiago Bitencourt de David[1177] afirmar, quando o ato for questionado, que a administração "(...) reiterará o lastro probatório que justificou a edição do ato, não podendo editar o ato administrativo sem provas e comprová-lo depois em juízo quando ré, sob pena de inversão do processo administrativo regular em que primeiro apura-se e depois conclui-se – e não o contrário".

Deste modo, o judiciário não constitui como regra uma segunda via para que a administração supra a atividade probatória que deixou de realizar por ocasião do processo administrativo.[1178-1179] Permitir que a administração possa suprir a atividade

---

[1173] Conforme aduz Jordi Nieva-Fenoll sobre a aludida regra: "En realidad, lo que se está intentando decir, de una manera elegante, es que los jueces no introduzcan en la sentencia hechos sobre aquello que intuyan, sino solamente acerca de lo que resulte de la actividad probatoria" (NIEVA-FENOLL, Jordi. **La valoración de la prova**, cit., p. 207). A regra, é claro, apenas vem demonstrar a importância da motivação para fins jurídicos, haja vista que a verdade independe da vontade ou do pensamento humano.
[1174] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, cit., p. 249.
[1175] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 117.
[1176] *Ibid*.
[1177] DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 5 (versão digital).
[1178] Nesse sentido: AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 26; JIMÉNEZ, Jesús Armando Colmenares. El manejo de la prueba en el procedimiento contencioso administrativo venezolano. **Revista de Derecho, Universidad del Norte**, 21, p. 24–66, 2004. p. 29.
[1179] Sem embargo, convém registrar que Mirta G. Sotelo de Andreau, escorada no ordenamento argentino, e com base no princípio da tutela efetiva e busca da verdade, aduz que deve ser aceito um critério amplo de admissibilidade de provas no contencioso administrativo, tanto para a administração pública como para o administrado (SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. La prueba en el procedimiento administrativo.

probatória do processo administrativo é validar uma decisão que foi tomada sem os antecedentes que a justificam e que, por conseguinte, é arbitrária.[1180]

O quanto aqui defendido não implica afirmar que a administração pública não pode em nenhuma hipótese produzir provas no processo judicial em matéria de ato administrativo. Até porque, parte-se da premissa no estudo que o processo deve ser concebido para a maior completude possível do conjunto probatório, de modo que não faria sentido proibir em qualquer circunstância que a administração produza provas no processo. Sem perder de vista, ainda, o direito fundamental à prova de que é detentora também a fazenda pública em juízo.

Isto posto, em primeiro lugar, convém consignar que parcela da doutrina admite a produção de prova que a administração pública deixou de produzir no processo administrativo quando, em casos excepcionais, o interesse público em manter o ato administrativo é maior que o prejuízo que se tem com sua invalidação (princípio da conservação do ato), como, por exemplo, em casos graves e urgentes envolvendo o direito à saúde de grande parcela da população.[1181] Trata-se de tema, no entanto, cuja discussão se situa primeiro dentro do campo da teoria de nulidades do ato administrativo, campo de estudo este que determina as condições e hipóteses em que o ato administrativo deve ser invalidado, convalidado, mantido etc.

De outro lado, há ainda a possibilidade de a administração pública produzir em juízo provas para demonstrar que as formalidades que antecederam o ato administrativo foram observadas, ou seja, aumentar a fiabilidade das provas já produzidas no processo administrativo, bem como ainda produzir provas voltadas a impugnar os fatos introduzidos pelo autor em sua demanda no processo judicial.[1182] Trata-se assim de situação em que as formalidades que antecederam o ato foram respeitadas e a

---

El principio de congruencia y la prueba en el proceso contencioso administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, v. 336, p. 527–546, 2006. p. 539).

[1180] AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 27.

[1181] Nesse sentido: AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 28; CASTILLO, María Jesús. Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial, cit., p. 229 e ss.

[1182] Nesse sentido: FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 485; AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 23; BETANCOURT, José Amando Mejía. La carga de la prueba en el contencioso-administrativo objetivo, cit., p. 144.

administração procede em juízo para reforçar a atividade instrutória já realizada na seara administrativa.

Por derradeiro, entende-se aplicável de maneira análoga à hipótese os artigos 435, parágrafo único, e 493, ambos do CPC, no sentido de permitir a administração produzir no processo judicial provas sobre fatos ocorridos depois do processo administrativo ou sobre fatos desconhecidos à época do processo administrativo, cabendo-a comprovar o motivo que a impediu de produzir tais provas na ocasião.[1183]

6.6. Ônus da prova e o ato administrativo

Já foi discutido, de modo geral, a teoria sobre ônus da prova no processo. Na ocasião, definiu-se o ônus da prova, ao menos sob uma perspectiva objetiva, como a regra de julgamento que indica ao julgador como deve decidir naquelas hipóteses em que as afirmações de fato não foram suficientemente corroboradas por provas.

Demais disso, já foi discutido que a administração pública não tem propriamente um ônus de prova no processo administrativo. Antes, tem um dever de prova, na medida em que sua atuação no processo administrativo não configura um poder de agir livremente em benefício próprio, cujo descumprimento não constitui um ilícito.

No processo judicial, no entanto, a administração pública assume o papel de parte, a ela se aplicando a estrutura normal do processo civil.[1184] Assinala-se, então, que o poder público em juízo tem também ônus da prova, aplicando-se normalmente a ele a disciplina deste instituto.

O tema do ato administrativo diretamente ou indiretamente se relaciona com o do ônus da prova. A análise de quem tem o ônus probatório pode ser feita caso a caso, de acordo com o art. 373 do CPC e complementarmente com o raciocínio já trazido de Gian Antonio Micheli[1185], no sentido de que o ônus da prova deve ser distribuído segundo à posição das partes no processo e de acordo com o efeito jurídico por cada qual perseguido.

[1183] Semelhante é a conclusão de Iván Ampuero Hunter, baseada no ordenamento chileno (AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 20 e ss).

[1184] Esclarece nesse sentido Alexandre Freitas Câmara que: "O Direito Processual brasileiro sempre tratou a Fazenda Pública em juízo, quanto às suas posições processuais passivas, como se fosse uma parte como outra qualquer. Deu-lhe ônus de contestar, o dever de lealdade processual, o ônus de recorrer etc" (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 242).

[1185] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 431.

Por exemplo, em ação que tenha por causa de pedir a alegação de que um dado ato administrativo foi praticado com desvio de finalidade, com o respectivo pedido de anulação do ato, o ônus da prova do desvio é de quem o denuncia.[1186] De outro lado, nos termos do art. 376 do CPC, compete a parte provar o teor e vigência dos atos administrativos abstratos locais que alegar se assim o juiz determinar, tema que será tratado em capítulo próprio oportunamente. Outro exemplo é o da possibilidade de um ato administrativo causar danos ao administrado, caso em que o prejudicado poderá, para além da invalidação do ato administrativo, buscar indenização no Poder Judiciário; nesse caso, o ônus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil é do autor, ao passo que o ônus da prova de eventual exclusão de responsabilidade é da fazenda pública.[1187]

Sem embargo, uma porção razoável das discussões de ônus da prova e ato administrativo se concentra em perquirir sobre a existência ou não do motivo de fato de um ato administrativo concreto, tema que guarda profunda relação com a presunção de veracidade do ato administrativo.

Nessa hipótese, quando questionado se o motivo de fato do ato administrativo corresponde ou não com a realidade, não se pode perder de vista que, ao ser chamada no processo judicial, a fazenda pública mostrará que já foi promovido o processo administrativo com a realização da atividade probatória necessária para sustentar o ato.[1188] Ou seja, o juiz analisará se a reconstrução probatória realizada pelo poder público no processo administrativo é, por si só, consistente, para depois analisar se as contraprovas oferecidas pelo administrado afastam a hipótese sustentada pela administração.[1189]

Seja como for, o trabalho se envereda a seguir para tratar de duas questões específicas pertinentes ao tema do ato administrativo que demandam aprofundamento sobre o ônus da prova: os negócios processuais sobre ônus de prova envolvendo fazenda

---

[1186] Nesse sentido: WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 414; CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 86.

[1187] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 191.

[1188] DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 5 (versão digital).

[1189] Embora especificamente no contexto do processo judicial tributário, é a conclusão encontrada na doutrina de KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 136.

pública e o ato administrativo; e o aprofundamento da presunção de veracidade do ato como regra especial de ônus da prova no processo judicial.

6.6.1. Fazenda pública e os negócios jurídicos processuais envolvendo ônus da prova e atos administrativos

O tema das convenções processuais não nasce no CPC/2015: já nos diplomas processuais de 1939 e 1973 existia expressamente no texto normativo a previsão de acordos processuais típicos.[1190] Inclusive, José Carlos Barbosa Moreira[1191] já defendia, na égide do CPC/1973, a possibilidade de convenções não autorizadas expressamente na lei.

Reconhece-se, no entanto, que o CPC/2015, a partir de um processo estruturado na cooperação, valorização da vontade das partes e equilíbrio das atribuições dos sujeitos processuais[1192], fornece novo colorido ao tema dos acordos processuais. É nesse contexto que o CPC/2015 traz, no art. 190, uma cláusula geral para celebração de convenções processuais atípicas, o que alavancou nos últimos anos o interesse acadêmico e prático sobre o tema.[1193]

Dado o objeto de estudo pretendido, não se propõe nas próximas linhas aprofundar o tema das convenções processuais, tampouco do uso de qualquer convenção processual pela fazenda pública. O estudo, ao revés, focará no exame das convenções processuais de ônus da prova pela fazenda pública nos casos em que se discute atos administrativos.

Neste tema, a primeira pergunta que se coloca diz respeito à possibilidade ou não de a administração pública celebrar convenções processuais. Deveras, a questão das convenções processuais (e, inclusive, o uso de outros instrumentos pela fazenda pública, como arbitragem, mediação e conciliação etc.) foi objeto de intenso debate justamente

---

[1190] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 34.
[1191] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: terceira série**, São Paulo: Saraiva, 1984. p. 91.
[1192] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro, *in*: **Coleção grandes temas do novo CPC v. 1: negócios processuais; Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira; Coordenador geral: Fredie Didier Jr.**, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 65.
[1193] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 36.

pelo fato de que um dos pilares de sustentação da atuação administrativa e do próprio ato administrativo é a indisponibilidade do interesse público.[1194]

No entanto, o que se observa é que a valorização da vontade das partes no processo[1195], inclusive da fazenda pública em juízo, vem em momento em que também se discute a valorização da consensualidade no âmbito da administração pública no Direito Administrativo. Como pondera Diogo de Figueiredo Moreira Neto[1196], há, sobretudo a partir do século XX, fortalecimento de novos modelos da administração pública em que se privilegiam uma atividade consensual e negocial.

Trata-se assim do que parcela da doutrina administrativista denomina de "consensualidade administrativa" ou "administração concertada", cuja nota marcante é a intensidade de usos de técnicas consensuais empregadas como soluções preferenciais aos métodos unilaterais da administração pública, tal como a contratualização administrativa, acordos administrativos, conciliação e a transação administrativa.[1197] Ou seja, uma passagem de uma forte imperatividade para um ambiente de cooperação entre a administração e o particular.[1198]

Não se trata de movimento exclusivamente doutrinário. O próprio art. 26 da LINDB, alterado pela Lei Federal n° 13.665/2018, cria verdadeira, nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha[1199]: "cláusula geral estimuladora de meios consensuais pelo Poder Público".

Demais disso, existem outros exemplos no ordenamento que denotam a consensualidade na administração, tais como: a possibilidade de mediação e

---

[1194] Afinal, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: "a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem que seja, por impropriáveis" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 76).

[1195] Como esclarecem Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolò Trocker, dentro do campo de valorizar a vontade das partes no processo, há uma tendência em ordenamentos ocidentais de crescimento na busca de resolução das causas por meio da conciliação. Como afirmam os autores: "The *potential advantages of conciliation* for these common kinds of disputes are by now well-understood, especially the capacity to examine a dispute ins its entirety, not merely its legal dimension; the possibility to shape a solution that neet not be victory for one, loss for the other; and the opportunity to make an adjustment that permits harmony and coexistence for the future, not simply a decision as to who in the past was right and wrong" (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; TROCKER, Nicolò. Acces to justice. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, 46, p. 664–707, 1982. p. 691).

[1196] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro, cit., p. 118.

[1197] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, n. 104, p. 302–322, jan/dez, 2009. p. 305 e 310.

[1198] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 399.

[1199] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 634.

autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (Lei Federal n°13.140/2015); o acordo de leniência no âmbito da defesa da concorrência (artigos 86 e 87 da Lei Federal n° 12.529/2011) e no âmbito do combate à corrupção (art. 16 da Lei Federal n° 12.846/2013); possibilidade de a administração solucionar conflitos por meio da arbitragem (art. 1°, §1°, da Lei Federal n° 9.307/1996), entre outros exemplos.

No fundo, o que se tem observado há algum tempo é um influxo do Direito Privado no Direito Administrativo, em que se buscam institutos, regimes jurídicos e modos próprios de atuação do particular aplicável à administração pública.[1200]

Seja como for, parece ser o entendimento majoritário da doutrina atual no sentido de ser possível a fazenda pública celebrar convenções processuais no processo judicial, como se observa na doutrina de Cabral[1201], Bueno[1202], Cunha[1203], Cianci e Megna[1204], Barreiros[1205], Faria[1206], Flumignan[1207], Ferraz e Dallari[1208] e Santos[1209].

Sintetizam-se os argumentos a favor das convenções processuais pela fazenda pública no seguinte sentido: (i) a ideia de administração consensual é ínsita ao próprio Estado Democrático de Direito, que atualmente pauta uma relação mais paritária entre administração e o particular[1210]; (ii) não há previsão no CPC excluindo a fazenda

---

[1200] Nesse sentido: GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo - Volume primo**, cit., p. 57; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública, *in*: **Direito privado administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (organizadora)**, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 12. Trata-se, ainda, de fenômeno que atinge também o processo judicial e a atividade do Judiciário, como aprofundado em BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudos sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. **Revista de Processo**, v. 269, p. 139–149, jul./2017. De outro lado, interessante também o registro de Fernando Garrido Falla, no sentido de que há também uma invasão do Direito Público no Direito Privado, ou seja, da progressiva incorporação do Direito Público de setores que antes eram abandonados pelo Estado à livre disposição do particular (FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, 12. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 120).

[1201] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 300.

[1202] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 217.

[1203] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 664 e ss.

[1204] CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo, cit., p. 679 e ss.

[1205] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, cit., p. 92 e ss.

[1206] FARIA, Luzardo. A celebração de negócios processuais atípicos pela fazenda pública: adequação procedimental à realização do interesse público. **Revista de Processo**, v. 306, p. 65–84, ago./2020. p. 3 (versão digital).

[1207] FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública. **Revista de Processo**, v. 280, p. 353–375, jun./2018. p. 8 (versão digital).

[1208] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 396 e ss.

[1209] SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios jurídicos processuais envolvendo a fazenda pública, *in*: **Coleção grandes temas do novo CPC v. 1: negócios processuais; Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira; Coordenador geral: Fredie Didier Jr.**, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 689.

[1210] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, cit., p. 93.

pública de realizar negócios jurídicos processuais[1211]; (iii) a fazenda pública, como visto, está autorizada pelo ordenamento a fazer uso da arbitragem, mediação e conciliação, revelando-se verdadeira contradição lógica caso não se permita, também, a celebração de convenções processuais[1212]; (iv) em que pese a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a indisponibilidade do plano material não implica, por si só, a indisponibilidade sobre o processo.[1213]

De fato, a verdade é que, em termos práticos, com alguma frequência a fazenda pública sempre realizou convenções processuais, mesmo antes do advento do CPC/2015, como é o caso, por exemplo, das convenções processuais que dispunham sobre a prorrogação de prazos, dispensa de audiência de instrução, suspensão do processo ou mesmo a inversão da ordem da oitiva de testemunhas.[1214]

Reconhecida a possibilidade de a fazenda pública celebrar convenções processuais, avança-se ao tema dos requisitos para tanto. Para além dos requisitos a serem observados em qualquer convenção processual[1215], acresce ainda Lorena Miranda Santos Barreiros[1216] que devem ser observados os requisitos de validade do ato administrativo, ou seja: (i) a competência; (ii) a licitude, possibilidade precisão e determinabilidade do objeto; (iii) a existência de motivo que guarde pertinência lógica com a prática do ato; (iv) a forma prevista ou não defesa em lei; (v) a finalidade de preservação do interesse público.[1217]

Esclarece Leonardo Carneiro da Cunha[1218] que o próprio procurador ou advogado público tem competência para realizar a convenção processual, salvo pelo menos nos seguintes casos: "a) quando o negócio implicar disposição do objeto litigioso do processo, sem que haja autorização para dispor sobre tal objeto; b) se houver

---

[1211] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 664.
[1212] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, cit., p. 94.
[1213] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 666.
[1214] Nesse sentido: CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo, cit., p. 673; FARIA, Luzardo. A celebração de negócios processuais atípicos pela fazenda pública: adequação procedimental à realização do interesse público, cit., p. 4 (versão digital).
[1215] Não se pode olvidar, é claro, que a questão da validade das convenções processuais é um dos assuntos mais delicados dentro da temática das convenções processuais (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, cit., p. 221).
[1216] *Ibid*., p. 303.
[1217] Também Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna defendem que devem ser observados os requisitos do ato administrativo para a celebração de convenções processuais pela administração pública (CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo, cit., p. 681).
[1218] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 666.

regramento legal ou administrativo vedando sua celebração; c) se não for observado o princípio da isonomia".

Inclusive, já existem algumas regulamentações realizadas em certos entes-federativos para a celebração de convenções processuais pela fazenda pública. É o caso, por exemplo, da União, que regulamentou, por meio da Portaria PGFN n° 360/2018, a autorização no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para realização de modalidades específicas de negócio jurídico processual.[1219] Também no Estado de São Paulo já foi regulada a realização de convenções processuais pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo no âmbito do contencioso de natureza tributária e fiscal, conforme as disposições constantes da Portaria PGE-SP/SUBGCTF n° 14/2021.

À vista de todo o exposto, percebe-se que entre as convenções processuais, salvo regulamentação em contrário do respectivo ente-federativo, pode a fazenda pública convencionar o ônus da prova de modo diverso ao já disciplinado em lei, nos termos do art. 373, §3°, do CPC.

Trata-se de convenção processual típica, expressamente vedada, no entanto, pelo diploma processual quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, §3°, *caput,* incisos I e II, do CPC).

Note-se, no tocante à primeira vedação acima citada, que o diploma processual não usou idêntica redação àquela prevista no art. 190, pois o último dispositivo em comento, ao invés de fazer uso da expressão "indisponibilidade do direito", traz em sua redação "direitos que admitam autocomposição".

Sobre o tema, aduz Lorena Miranda Santos Barreiros[1220] que o diploma processual civil, no art. 373, §3°, impôs limitação maior que o regramento geral previsto no art. 190, limitação esta que se afina ao raciocínio de que a prova tem profunda relação com o direito material.

[1219] Inclusive, o Governo Federal arrolou, em sítio eletrônico próprio, as convenções processuais já avençadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-negocio-juridico-processual, acessado em 26/09/2022 às 18:00.

[1220] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, cit., p. 251.

Deste modo, percebe-se que se a convenção melhorar a posição processual da fazenda pública no tema do ônus da prova do ato administrativo, maiores discussões não surgirão no que diz respeito à indisponibilidade do interesse público.[1221]

Outra é a questão quando a administração pública assume ônus da prova que inicialmente não teria sem uma convenção processual, o que, inclusive, pode levar a uma derrota do poder público no processo judicial em razão da aplicação, ao fim e ao cabo de uma instrução probatória infrutífera, das regra de ônus da prova.

Ao vedar o diploma processual a convenção sobre o ônus da prova que recaia sobre direito indisponível da parte, tem-se o retorno da árdua discussão sobre a indisponibilidade do interesse público e de como a convenção processual pode afetá-la, o que, em última análise, revela novamente como os planos processual se interrelacionam constantemente.

Dito isso, entende-se no trabalho ser possível que a administração pública firme convenção processual de ônus de prova que inicialmente não teria em um processo judicial no qual se discute ato administrativo.

Na hipótese em que a administração assume ônus da prova que não teria sem a convenção processual, o que em primeiro lugar deve ser discutido é a necessidade ou não de autorização para que a administração realize convenções processuais nesse sentido.

Como anteriormente visto, um dos requisitos para se admitir convenção processual a ser realizada por procurador ou advogado público, que implique disposição do objeto litigioso do processo, é a necessidade de autorização legal.[1222]

É claro que a convenção em tela não necessariamente implicará disposição do direito objeto do processo, já que a regra de ônus da prova se volta a solucionar dúvida sobre os fatos em razão de uma instrução infrutífera. No entanto, como aduz Cândido Rangel Dinamarco[1223]: "o *ônus probandi* é um encargo tão próximo à vida dos direitos, que dispor sobre ele é pôr em risco o próprio possível direito (...)". É também o

---

[1221] Tal como ensina Artur Thompsen Carpes: "Se esta é a finalidade da regra, é evidente que a convenção sobre ônus da prova será válida caso venha a beneficiar o titular do direito indisponível no âmbito da demonstração dos enunciados fáticos que funda a tutela do referido direito" (CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 155). Também aduz Pedro Henrique Nogueira "a indisponibilidade do interesse público não é impedimento a isso, inclusive por ser possível a celebração de um negócio jurídico que fortaleça as situações jurídicas processuais do ente público" (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**, Salvador: Juspovim, 2016. p. 233).
[1222] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 666.
[1223] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 85.

vaticínio de William Santos Ferreira[1224], segundo o qual há a possibilidade com a convenção processual que discipline o ônus da prova de "disposição do direito por via oblíqua".

Deste modo, compreende-se ser necessária a autorização legal para que a administração pública assuma no processo judicial que envolva discussão de atos administrativos ônus da prova que inicialmente não teria sem o acordo processual.

Em segundo lugar, não há dúvidas de que o interesse público, cuja preservação é a base do Direito Administrativo[1225], tem natureza indisponível[1226] e, portanto, deve ser sempre resguardado pela administração. A dificuldade no particular se instala sobre como evitar que o interesse público seja violado pela administração quando o assunto envolve hipóteses transacionais, sobretudo em razão da redação do já citado art. 373, §3°, do CPC.

Fato é que se reconhece atualmente uma ressignificação do que se entende pela tutela do interesse público pela administração, notadamente em juízo, a qual segue o norte de que independentemente de seus interesses próprios ou secundários, a administração se submete aos parâmetros da legalidade.[1227]

Deste modo, se a indisponibilidade do interesse público um dia já serviu para não submeter erros da administração pública a pretensões alheias, atualmente são estimuladas pelo próprio ordenamento uma série de práticas em que a administração pública deve reconhecer o seu equívoco, diante do próprio princípio da legalidade.[1228]

É o caso mesmo da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Lei Complementar Estadual n° 1.270/2015), que em seu art. 4° assinala que a

---

[1224] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 1007. Nesse mesmo sentido Artur Thompsen Carpes, ao elucidar que "No que diz respeito à implicação do direito indisponível da parte, a restrição visa impedir que o acordo venha a mascarar a descabida disposição de direitos indisponíveis" (CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 155).

[1225] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, cit., p. 74.

[1226] TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, v. 128, p. 59–78, 2005. p. 1 (versão digital).

[1227] *Ibid*. Vale, em sentindo semelhante, transcrever a lição de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti: "Acerca da dita supremacia do interesse público, hoje ela tem um sentido mais democrático. A prevalência não significa desprezo, desrespeito aos direitos dos administrados. (...) O sentido de interesse público não pode ser utilizado como instrumento ou argumento para atuações ou omissões do Estado, em prejuízo ou em detrimento de todo o arcabouço de direitos dos cidadãos previstos ou decorrentes de direitos e garantias constitucionais (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública (a aplicação da Lei n° 13.129 de 26.05.2015), cit., p. 130).

[1228] TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória), cit., p. 1 (versão digital).

Procuradoria Geral do Estado pode reconhecer a procedência de pedidos formulados em ações judiciais, deixar de propô-las, desistir das já propostas ou transigir em relação ao objeto litigioso, bem como deixar de interpor recursos ou desistir dos já interpostos. Acresce ainda o art. 7°, inciso X, da mesma lei competir ao Procurador Geral do Estado desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da fazenda do Estado.

Ou seja, já se entende que é possível a fazenda pública transacionar o próprio objeto do processo, ou mesmo reconhecer juridicamente o pedido, de modo que pouco sentido faria não se permitir convencionar um ônus da prova que inicialmente não teria, desde que com prévia autorização normativa.

À vista disso, compreende-se que a assunção pela fazenda pública, através de convenção processual, de um ônus da prova que não teria a partir das regras fixas, não implica necessária e automaticamente violação do interesse público no plano material, especialmente se tiver condições de realizar a prova.[1229]

Até porque, nada impede que a convenção processual que implique assunção de um ônus da prova anteriormente não previsto no ordenamento possa significar um fortalecimento da administração pública no plano material e, por conseguinte, fortalecimento do interesse público.

É o caso, por exemplo, de certos contratos administrativos, em que o executor do contrato pode ter condições melhores para produzir a prova em controvérsia futura[1230], o que inclusive pode tornar mais atrativo um contrato administrativo e melhorar a disputa licitatória.

O que se propõe com isso, na esteira de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[1231], é: "jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência".

Sintetizam ainda nesse mesmo sentido Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna[1232]:

> Verifica-se, então, que a questão a ser respondida não é se a Administração pode participar de autocomposição, de transação, de negociação, enfim, de

[1229] Embora sem fazer distinção expressa sobre se a convenção do ônus da prova pode ser prejudicial à fazenda, parece encampar o mesmo entendimento MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 215.
[1230] FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública, cit., p. 3 (versão digital).
[1231] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro, cit., p. 124.
[1232] CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo, cit., p. 671.

> fazer uso de métodos consensuais. Ao contrário, na medida em que esses métodos forem mais eficientes para o atingimento dos interesses públicos, a administração não só pode como deve utilizá-los.

A realização de convenções processuais pela administração pública, portanto, deve observar circunstâncias de cada caso que possam justificar o fortalecimento do interesse público no plano material. E além disso, reforça-se que caso a administração pública assuma ônus que inicialmente não teria, deve haver previsão normativa autorizando a aludida assunção.

De todo modo, deve haver também sempre motivação da administração pública[1233], com vistas a demonstrar que a celebração de uma convenção processual que verse sobre ônus da prova preserve o interesse público naquele caso concreto.

A remissão ao interesse público por ocasião de uma celebração da convenção processual não pode ser genérica, devendo haver a demonstração de que modo o interesse público é concretizado por meio da convenção processual ajustada.[1234]

6.6.2. Presunções de legitimidade e veracidade do ato administrativo e o ônus da prova no processo judicial

Busca-se no presente tópico tratar da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, tema que se relaciona especialmente com o problema do ônus da prova no processo judicial.

De fato, a presunção de veracidade é a que mais se relaciona com o processo judicial, uma vez que, conforme será visto a seguir, importa em uma regra especial de ônus da prova.

Sem embargo, para compreendê-la, é necessário antes aprofundar a presunção de legitimidade do ato administrativo, a qual, em realidade, possui muito mais relação com o plano material do que o processual.

De todo modo, vê-se mais um ponto de intersecção em que os planos material e processual estão profundamente relacionados.

6.6.2.1. Presunção de legitimidade do ato administrativo

[1233] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**, cit., p. 349.
[1234] *Ibid*., p. 362.

Um dos temas recorrentes no âmbito dos atos administrativos, e que podem eventualmente ter repercussões processuais, inclusive probatórias, é o tema da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Conforme visto, as presunções são juízos do legislador ou do juiz em que se considera como existente um fato ou coisa sem efetiva prova ou conhecimento do contrário. Deste modo, dizer que o ato administrativo se presume legítimo importa reconhecer que o Direito presume a regularidade do exercício da função estatal.[1235]

A presunção de legitimidade do ato administrativo, muito embora seja difícil precisar sua origem, parece ser uma variação das antigas máximas *omnia praesumuntur rite esse acta* ou *omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta*, ou seja, o raciocínio de que se presume que todas as coisas são feitas de acordo com a forma exigida.[1236]

Em que pese bem aceita a conclusão de que existe uma presunção de legitimidade dos atos administrativos na doutrina brasileira e comparada[1237], cuida-se de tema cujos contornos jurídicos são extremamente controversos.

De fato, a revisão da literatura que se debruçou sobre o assunto revela que variados são os pontos de divergência na doutrina, tais como: (i) a nomenclatura adequada ao instituto; (ii) o fundamento da presunção; (iii) a natureza jurídica da presunção; (iv) a duração da presunção; (v) a existência de uma presunção de veracidade dos fatos pertinentes ao ato administrativo.

A demonstrar o tamanho da controvérsia, em recente artigo lançado por Aram A. Gavoor e Steven A. Plaat[1238] sobre o uso da presunção de legitimidade nos Estados Unidos (*presumption of regularity*), concluiu-se no trabalho que a Suprema Corte, ao longo de décadas, fez uso de pelo menos 12 diferentes sentidos para a presunção em tela.

[1235] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 213.

[1236] A ligação entre a presunção de legitimidade e a máxima apontada é feita em GAVOOR, Aram A.; PLATT, Steven A. In search of the presumption of regularity. **Fla. L. Rev.**, v. 74, p. 729–774, 2022. p. 734. Segundo o Black's Law Dictionary, as máximas em tela podem ser traduzidas da seguinte forma: "all things are presumed to have been done in due form" (BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary - definitions of the terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern**, 6. ed. St. Paul: West Publishing CO., 1990. p. 567).

[1237] GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia - Uma reavaliação da presunção de veracidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 27.

[1238] GAVOOR, Aram A.; PLATT, Steven A. In search of the presumption of regularity, cit., p. 71.

O tema da presunção de legitimidade, demais disso, esbarra com outros campos e institutos do Direito. Deveras, com frequência a presunção em tela é confundida com a fé pública ou, pelo menos, correlacionada com a fé pública de alguma maneira.[1239]

A comum relação que se faz entre a fé pública e a presunção de legitimidade do ato administrativo parece ainda induzir à conclusão de que todo documento público firmado por agente público, seja lá qual for a função desempenhada, tem a mesma força probante quanto ao seu conteúdo, na forma do art. 405 do CPC.[1240]

Isto posto, propõe-se a partir de então definir as linhas básicas que serão adotadas no tema da presunção de legitimidade do ato administrativo, tais como a nomenclatura utilizada, seu fundamento, a sua natureza jurídica e a sua duração.

6.6.2.1.1. Nomenclatura utilizada

A começar pela nomenclatura, várias são as expressões utilizadas pela doutrina e jurisprudência para retratar a mesma realidade, qual seja, a conclusão de que o ato administrativo se presume expedido em conformidade com o Direito.

Deste modo, registra-se pelo menos as seguintes expressões usadas na doutrina e na prática judicial para exprimir tal realidade: presunção de legalidade, regularidade, legitimidade e validez.[1241]

Adota-se no estudo o termo presunção de *legitimidade*, eis que se trata de nomenclatura mais utilizada pela doutrina[1242] e que reflete o raciocínio de que o ato

---

[1239] É o que adverte DURVAL, Carneiro Neto. A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas, UFBA, Salvador, 2007. p. 195. Como exemplos de doutrinas que confundem ou relacionam a presunção de legitimidade e a fé pública: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**, São Paulo: Saraiva, 2020. p. 21; ARENHART, Sergio Cruz. Da prova documental, *in*: **Breves comentários ao Código de Processo Civil (Teresa Arruda Alvim et al coordenadores)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1069; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 104; CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 419. Na jurisprudência, cita-se o trecho de julgado do STJ no seguinte sentido: "O ato administrativo tem fé pública e goza de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade (...)" (1ª Seção, AgInt no MS 27.762/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021).

[1240] Por exemplo: DIDIER JR, Fredie *et al*. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, 12. ed. Salvador: Editora Jus. Podivm, 2016. p. 221; DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 227; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, cit., p. 520; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**, cit., p. 21; ARENHART, Sergio Cruz. Da prova documental, cit., p. 1069.

[1241] DIEZ, Manuel M. et al. **Acto y procedimento administrativo**, Buenos Aires: Plus Ultra, 1975. p. 80.

administrativo deve ser produzido segundo o disposto no ordenamento e não somente a lei.[1243]

6.6.2.1.2. Fundamento da presunção de legitimidade do ato administrativo

A doutrina reconhece que todo ato administrativo se presume regular[1244], mas diverge quanto ao fundamento da presunção de legitimidade. A questão é de extrema importância, pois sem a ciência do seu indispensável alicerce jurídico, pouco sentido há em tentar aprofundar o instituto em outros aspectos.[1245]

A começar pela doutrina nacional, Celso Antônio Bandeira de Mello[1246] traz como fundamento da presunção em tela a própria função da administração de executar a lei, manifestada em um dos poderes do Estado, a levar à conclusão de que a administração tem um crédito de confiança para cumpri-la prontamente; acresce o mesmo autor que por realizar a preservação do interesse público, supõe-se, a princípio, que a administração pratique o ato administrativo com lisura.

Hely Lopes Meirelles[1247], por sua vez, sublinha que a presunção de legitimidade decorre da legalidade e da exigência de celeridade e segurança nas atividades da administração pública.

Ruy Cirne Lima[1248] atribui a existência da presunção de legitimidade ao princípio da impessoalidade. Pondera o autor que: "A impessoalidade na determinação da vontade purifica o ato administrativo; fá-lo presumir isento dos defeitos que o caráter pessoal lhe poderia imprimir, oriundos da varibilidade dos interêsses, de que a pessoa é suscetível".[1249]

[1242] FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**, cit., p. 95. Convém registrar, todavia, que o autor em tela adota o termo presunção de *validade.*

[1243] Daí inclusive o motivo pelo qual alguns autores têm preferido a denominação *princípio da juridicidade* no lugar da expressão *princípio da legalidade*, como visto em BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, cit., p. 33 e ss.

[1244] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 216.

[1245] PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 318-335, jan-mar, 2006. p. 319.

[1246] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características, cit., p. 678.

[1247] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 183.

[1248] LIMA, Ruy Cirne. Direito administrativo e direito privado. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, v. 2, n. 3, p. 841–858, 1951. p. 847.

[1249] *Ibid*.

Lúcia Valle Figueiredo[1250] repousa o fundamento da presunção de legitimidade na imperatividade dos atos, dado que, na visão da autora, se desde logo os atos são imperativos e podem ser exigíveis, devem ser presumidos de acordo com o Direito.

Irene Patrícia Nohara[1251] alicerça a presunção de legitimidade em três fundamentos: (i) no próprio princípio da legalidade; (ii) na possibilidade de controle e impugnação dos atos administrativos; (iii) para permitir que a administração possa dar cumprimento mais célere à função administrativa.

Ricardo Marcondes Martins[1252], a seu turno, compreende que a presunção de legitimidade decorre da presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado, de modo que: "(...) as leis são presumidamente constitucionais e os atos administrativos são presumidamente constitucionais e legais".

No direito comparado, tampouco se observa qualquer uniformidade de entendimento. Com efeito, Gabino Fraga[1253] compreende que a presunção de legitimidade se alicerça na premissa de que os órgãos são instrumentos desinteressados que só perseguem a satisfação de uma necessidade coletiva dentro do que dispõe o ordenamento.

Jean Rivero[1254], por sua vez, fundamenta a presunção de legitimidade na prerrogativa de executoriedade da administração pública, concluindo inclusive que sem a presunção em tela, a prerrogativa de executoriedade seria incompatível com o Estado de Direito.

Allan R. Brewer-Carías[1255], a seu turno, assinala que a presunção de legitimidade tem fundamento na preocupação de se evitar qualquer retardo na atividade da administração pública.

Roberto Dromi[1256] aduz que a presunção de legitimidade se funda no princípio da legalidade; acresce ainda o autor que a presunção em tela é resultado da juridicidade

---

[1250] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 191.
[1251] NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 181.
[1252] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 213.
[1253] FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, cit., p. 282.
[1254] RIVERO, Jean. Fiction et présomptions en droit public français, *in*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**, Bruxelles: Émile Bruylant, 1974. p. 108. Tal como esclarece o autor: "Cette prérogative d'exécution serait incompatible avec le principe de l'État de droit, et relèverait de l'arbitraire pur, si elle ne s'étayait pas sur une présomption de légalité".
[1255] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo III: Los actos administrativos y los contratos administrativos**, Caracas: Jurídica Venezolana, 2013. p. 107.
[1256] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 225.

com que se move a atividade estatal, para além das garantias formais e substanciais que acompanham o ato administrativo.

Juan Carlos Cassagne[1257], por fim, fundamenta a referida presunção na necessidade de que os atos sejam eficientes para o atendimento do bem comum; acresce ainda que a presunção se alicerça na presunção de validez que acompanha todos os atos estatais.

De todo o exposto, observa-se pelo menos os seguintes fundamentos levantados na doutrina que servem de alicerce para a presunção de legitimidade: (i) o princípio da legalidade; (ii) a eficiência nos atos administrativos; (iii) a presunção de validez que acompanha todos os atos estatais; (iv) as formalidades que precedem o ato; (v) o controle que é exercido no ato administrativo depois de sua edição; (vi) a tutela do interesse público; (vii) o desinteresse da administração na prática de seus atos; (viii) o atributo da imperatividade dos atos; (ix) o princípio da impessoalidade; (x) a prerrogativa de executoriedade.

De fato, embora amplamente aceita sua existência, infere-se que não há consenso doutrinário quanto ao fundamento da presunção de legitimidade do ato administrativo. Talvez por isso Agustín Gordillo[1258] compartilha do raciocínio segundo o qual é manifestamente frágil, ou até inexistente, o fundamento da presunção ora discutido.

No Brasil, a dificuldade em fundamentar é agravada pelo fato de não haver um dispositivo que preveja, expressamente e de maneira geral, a presunção em tela[1259-1260], diversamente do que ocorre em outros países, como, por exemplo, na Argentina (art. 12 da *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*), na Espanha (art. 57 da *Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común* – Ley 30/1992) e no México (art. 7° da *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*).

[1257] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 20 e 211.

[1258] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**, cit., p. v–10.

[1259] FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**, cit., p. 97.

[1260] A presunção de legitimidade do ato de inscrição da dívida ativa, no entanto, vem prevista especificamente no art. 3°, *caput* e parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais e no art. 204, *caput* e parágrafo único, do CTN. Vale, em todo caso, rememorar que a presunção legal relativa não necessita de previsão literal e expressa no ordenamento, como nos recorda Eduardo Bonnier (**Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo II**, cit., p. 251 e 252).

Isto posto, no estudo, parte-se da premissa que o fundamento da presunção de legitimidade, por constituir seu alicerce principal, deve estar presente em todos os atos administrativos.

Tal como esclarece Jean Rivero[1261], não se pode perder de vista que a administração produz efeitos jurídicos por meio de atos administrativo, inclusive atingindo situações jurídicas sem o consentimento dos interessados.

Consoante explicam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández[1262], as tomadas de decisão da administração são imediatamente eficazes, criando em seu destinatário uma obrigação de cumprimento imediato.

Nessa perspectiva, sublinha Juan Carlos Cassagne[1263] que sem a presunção em tela, os atos estatais poderiam ser questionados com a possibilidade de justificar uma desobediência, obstaculizando a preservação do interesse público.

À luz disso, percebe-se que a presunção de legitimidade se relaciona diretamente com o atributo da imperatividade do ato administrativo[1264], ou seja, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello[1265]: "a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância".

[1261] Nesse sentido, cita-se trecho da obra de Jean Rivero: "Em direito administrativo, pelo contrário, a Administração pode modificar as situações jurídicas por sua única vontade, sem o consentimento dos interessados. Essa é uma prerrogativa característica do poder público" (RIVERO, Jean. **Direito administrativo**, Coimbra: Almedina, 1981. p. 106).

[1262] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 585.

[1263] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 20.

[1264] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 191. Embora acabe por alcançar conclusão inversa, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello relaciona a presunção de legitimidade com a imperatividade do ato administrativo, conforme o seguinte trecho: "A exigibilidade ou a imperatividade do ato administrativo consiste na qualidade inerente ao ato administrativo de atuar de modo executivo, ou, melhor, de obrigar terceiro a se comportar de conformidade com o por ele disposto, a se sujeitar aos seus ditames. Na verdade, a idoneidade jurídica do ato administrativo de ser exigível deflui da presunção, que ele tem, de verdade, salvo prova em contrário, com referência a terceiros, órgãos da Administração ou particulares, sem necessidade do juízo probatório preventivo da sua validade. É o chamado *privilège du préalable*" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 615). Em sentido semelhante, Edmir Netto de Araújo, conforme o seguinte trecho: "os comandados administrativos são obrigatórios a todos os que na hipótese se enquadrem, porque tais atos presumem-se legítimos e verdadeiros até prova definitiva em contrário, uma vez que o Estado só pode agir conforme a lei e o interesse público (presunção de legitimidade)" (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 526).

[1265] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 423. Vale esclarecer que entendemos que todos os atos são imperativos. Na esteira de Ricardo Marcondes Martins, "Justamente pelo seu caráter imperativo, nenhum ato administrativo, seja unilateral seja bilateral, seja favorável, seja desfavorável, pode ser extinto ou modificado unilateralmente pelo administrado. Só o Poder Público poder alterar ou modificar as normas estatais por ele editados (...)" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 224).

Trata-se a imperatividade daquilo que Renato Alessi[1266] em sua obra denomina de "poder extroverso" ou "poder de império". Deste modo, como sustenta Maria Sylvia Zanella di Pietro[1267], a presunção de legitimidade é: "(...) inerente à ideia de 'poder' como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular".

Daí o porquê de se concordar com Roberto Dromi[1268], quando assinala em sua obra que a presunção em tela é resultado da juridicidade com que se move a atividade estatal. Por razões semelhantes, o motivo pelo qual também se concorda com Ricardo Marcondes Martins[1269], quando aduz que a presunção de legitimidade decorre da própria presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado.

A imperatividade, na esteira de Miguel Reale[1270], não deve ser entendida como "autoridade de arma em punho para impor seu adimplemento". Ao revés, cuida-se de uma compreensão realística da experiência jurídica, em que determinados comportamentos ou diretrizes são escolhidos como obrigatórios na coletividade em razão de um valor como razão determinante.[1271]

A imperatividade do ato administrativo e a possibilidade que o poder público tem para produzir efeitos jurídicos independentemente da vontade do administrado, o que justificaria uma presunção de legitimidade, não parece se sustentar no vácuo. Ao contrário, parece ser acompanhada de um atributo de confiança que se deposita na própria atividade da administração.[1272]

Dizer que um sujeito "A" confia em "B" importa em afirmar que as expectativas de "A" se fundam em capacidades e incentivos de "B" para atuar de certa forma em uma questão particular que esteja em jogo.[1273] Uma vez que várias são as considerações

---

[1266] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 180 e ss.
[1267] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207.
[1268] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 225.
[1269] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 213.
[1270] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, cit., p. 31.
[1271] *Ibid*.
[1272] Na esteira de Gabriel Domenéch Pascual: "Los actos dictados por los poderes públicos que satisfacen ciertos requisitos mínimos de forma y contenido gozan normalmente de una cierta apariencia de validez, suelen parecer de facto válidos, aunque no lo sean. Esta apariencia descansa en la dificultad que, por lo general, entraña detectar los vicios que determinan la invalidez del acto y en la confianza que, justificadamente o no, la mayoría de los ciudadanos sigue teniendo en que los poderes públicos actúan de conformidad con el Derecho" (PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, cit., p. 1036).
[1273] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 224.

implicadas na relação entre um sujeito "A" e "B", pode-se se dizer que a confiança vem em graus diferentes.[1274]

De um lado, a confiança que se deposita na administração parte do pressuposto de que a atuação administrativa é essencialmente desinteressada, haja vista que, a princípio, objetiva a administração pública a preservação do interesse geral.[1275]

De outro lado, a confiança, como pondera Niklas Luhmann[1276], é no fundo um fator básico da vida social, de tal modo que, na visão do mesmo autor, uma completa ausência de confiança impede inclusive o sujeito de se levantar da cama de manhã.

Daí o porquê inclusive a relevância de se compreender o valor verdade como um fator relevante de importância política, pois, como assevera Michele Taruffo[1277], a verdade serve como elemento essencial de confiança entre o cidadão e o Estado.

Seja como for, convém ressaltar, na linha do já exposto, que não necessariamente as presunções legais são criadas em razão da probabilidade de certos acontecimentos.[1278] De tal modo que, coerente com o fundamento ora adotado para a presunção de legitimidade, afirmar que o ato se presume legítimo não é o mesmo que afirmar que o ato administrativo foi provavelmente produzido de acordo com o Direito.[1279]

De outro lado, salienta-se que as questões do ato administrativo relativas à celeridade de sua prática, às formalidades que o precedem e ao controle a ser exercido

---

[1274] *Ibid*.
[1275] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 15.
[1276] LUHMANN, Niklas. **Confianza**, Barcelona: Anthropos, 1996. p. 5.
[1277] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 115 e ss.
[1278] Nesse sentido: MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 204; ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 138; LADD, Mason. Presumptions in Civil Actions, cit., p. 280; MORGAN, Edmund M. Some Observations concerning Presumptions, cit., p. 906; ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 246.
[1279] Defende também o raciocínio de que a presunção de legitimidade não se baseia em um juízo de probabilidade Tomás Cano Campos, conforme o seguinte trecho: "La presunción de validez de los actos, por consiguiente, no se basa en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad, esto es, no se apoya en una regla de experiencia previa: que los actos administrativos que dicta la Administración suelen ser conformes a Derecho. La norma de presunción no se apoya en esto, sino que está vinculada a la propia función de estabilización y clarificación del Derecho que el acto administrativo cumple en el sistema como instrumento al servicio de la eficacia de la Administración y los intereses de los ciudadanos, a los que dota, también, de un fundamento estable en sus derechos y obligaciones. El fundamento de la presunción reside, por ello, en razones institucionales ligadas a la seguridad jurídica y a la eficacia de la Administración y de tutela del Derecho en general, pues las consecuencias de no considerar (no presumir) los actos como válidos hasta que se anulen incidirían muy negativamente en el funcionamiento del propio sistema, ya que cualquier sujeto podría negarse a cumplir o aplicar tales actos mientras no se demostrara que se adecuan al ordenamiento" (CAMPOS, Tomás Cano. La presunción de validez de los actos administrativos. **Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica**, n. 14, p. 6–28, 2020. p. 18).

posteriormente a sua edição, fundamentos adotados por parcela da doutrina para justificar a presunção de legitimidade, são elementos relevantes, mas que, ao fim e ao cabo, podem ou não estar presentes no caso concreto, com variados graus de exigência que se alteram de acordo com cada ato praticado pela administração.

Em outras palavras, existem atos administrativos que demandam maior formalidade para sua formação, outros que exigem maior celeridade e eficiência em sua prática e assim sucessivamente.

Ou seja, o grau de aparência de validade que se atribui ao ato administrativo depende de vários fatores.[1280] Por exemplo, não se pode comparar, sem resguardar as devidas proporções, as formalidades que são exigidas em uma concessão de serviço público, fruto de extenso procedimento e disputa licitatória, com um simples sinal de trânsito emitido pelo agente de trânsito.

Parece ser em razão disso que o art. 3°, *caput* e parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais[1281], ao prever específica presunção de legitimidade do ato de inscrição da dívida ativa[1282], exige "prova inequívoca" para elidir a dita presunção. Cria-se, por conseguinte, uma presunção legal de grau forte, justamente em razão de o ato administrativo de inscrição na dívida ser precedido de um rigoroso processo administrativo de controle de legalidade, normalmente realizado pelo órgão de advocacia pública do respectivo ente federativo. O tema, no entanto, será melhor tratado a seguir no trabalho, no capítulo em que se discute a documentação que acompanha a execução fiscal.

Logo, mais do que fundar a presunção de legitimidade, entende-se que tais elementos justificam os graus de força da presunção no caso concreto[1283], o que tem

---

[1280] PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, cit., p. 1036 e 1037.

[1281] Art. 3º da LEF: "A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez". Parágrafo Único: "A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite".

[1282] COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 176.

[1283] De modo geral, o tema dos diferentes graus de força das presunções legais de natureza relativa foi pouco tratado na doutrina. Por exemplo, em rápida passagem de sua obra, Giovanni Tuzet esclarece o seguinte: "En lo que a las razones epistémicas respecta, pueden distinguirse también los niveles de 'fuerza' de las presunciones (...): presunciones *fuertes* son aquellas que resultan vencidas solamente por pruebas concluyentes de lo contrario; presunciones *intermedias* son aquellas que resultan vencidas por pruebas buenas o *prima facie*; presunciones *débiles* son aquellas que resultan vencidas por una prueba cualquiera". Também em rápida passagem, Jerzy Wróblewski trata das diferentes provas que podem ser utilizadas para afastar uma presunção legal relativa. No entanto, o próprio autor conclui que: "Enfin les dispositions de droit peuvent préciser le contenu de la preuve contraire. Les solutions juridiques sont très différenciées" (WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 64). Ainda, convém destacar as seguintes doutrinas, as quais trataram especificamente dos graus de força da presunção de constitucionalidade das leis: COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y**

relevância, em termos processuais, para saber se o juiz manterá ou não a presunção, de acordo com os elementos probatórios dos autos, por ocasião do julgamento da questão.

6.6.2.1.3. Natureza jurídica e alcance da presunção de legitimidade

Para além da controvérsia relativa ao fundamento, a revisão da doutrina revela também divergência quanto à natureza jurídica da presunção de legitimidade. Com efeito, é comum se dizer que a presunção em tela tem natureza relativa, como se observa na doutrina nacional (Ferraz e Dallari[1284], Carvalho Filho[1285], Medauar[1286] e Nohara[1287]) e na comparada (Fraga[1288], Dromi[1289] e Brewer-Carías[1290]).

Deste modo, com alguma frequência se observa a afirmação de que a presunção de legitimidade do ato administrativo importa na inversão do ônus da prova da ilegalidade do ato.[1291]

Embora de fato seja uma presunção de natureza relativa, a questão merece reflexão. O que se põe em relevo é: embora se constitua em presunção, tema que não é exclusivo do Direito Processual, deve ser esclarecido se de fato constitui ou não uma presunção legal relativa conforme a classificação proposta pela ciência processual no âmbito do Direito Probatório, de modo a se constituir uma regra especial de ônus da prova.

Isto posto, convém inicialmente registrar que a prova no processo recai sobre as alegações de fato trazidas pelas partes e não sobre questões jurídicas.[1292] Deveras, consoante esclarece Francesco Carnelutti[1293], não constituem em geral objeto da prova

---

democracia, cit., p. 149; TOMMASINI, Nicola. **A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis**, Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

[1284] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 351.

[1285] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, cit., p. 127.

[1286] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 130.

[1287] NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**, cit., p. 181.

[1288] FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, cit., p. 275.

[1289] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 226.

[1290] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo III: Los actos administrativos y los contratos administrativos**, cit., p. 525.

[1291] Como exemplo, o seguinte julgado do STJ "(...) até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras" (1ª Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1834266/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021).

[1292] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, cit., p. 55.

[1293] CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**, cit., p. 102.

as regras e princípios jurídicos. Semelhante é também o vaticínio de Pontes de Miranda[1294]: "Direito não se alega; direito invoca-se".

Nessa perspectiva, a regra de ônus da prova se destina à superação de dúvida gerada por insuficiência de provas sobre questões fáticas.[1295] A dúvida sobre as questões de direito[1296] levadas ao processo é resolvida pela máxima *iura novit curia*: se o juiz está vinculado ao ordenamento, pressupõe-se o dever profissional de que conheça as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto[1297], diversamente do conhecimento dos fatos, em que o juiz tem acesso através das provas.[1298]

Logo, a presunção legal relativa, enquanto regra especial de ônus da prova, destina-se a superar dúvida decorrente de incerteza probatória, dada a vedação do juiz de pronunciar o *non liquet* e, por conseguinte, se volta à resolução das questões fáticas e não às questões de direito.[1299]

Nessa perspectiva, tem-se que presumir um ato administrativo legitimo é considerar que foi produzido de acordo com o Direito. No campo da validade, o pressuposto do ato administrativo relacionado diretamente às questões de fato no processo e, portanto, com o tema do ônus da prova, é o pressuposto de motivo de fato,

---

[1294] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 282.

[1295] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 128.

[1296] A dúvida não se restringe à seara dos fatos, podendo inclusive também contemplar a matéria de Direito. Como ensina Víctor Ferreres Comella: "Una cosa es que los, hechos hayan de ser probados por las partes, mientras que el Derecho no tenga que serlo. Otra cosa muy distinta es que el juez no pueda tener dudas acerca del Derecho, del mismo modo que tiene dudas acerca de los hechos. Sabemos que las normas jurídicas son el significado de los textos jurídicos. Si la interpretación de los textos resulta dudosa, la identificación de cuál es la norma jurídica a aplicar resulta también dudosa" (COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**, cit., p. 144 e 145).

[1297] SENTÍS MELENDO, Santiago. **El juez y el derecho (iuria novit curia)**, cit., p. 42.

[1298] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**, cit., p. 73. Esclarece nesse sentido Salvatore Patti: "Potrebbe dirsi dunque che one della prova e principio *iuria novit curia* delimitano ambiti ben distinti e in un certo senso contrapposti, facendo riferimento il primo al fatto ed il secondo alla norma da applicare" (PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale - Collana Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti**, 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2021. p. 10). Em esteira semelhante esclarece John Anthony Jolowicz: "There is a presumption that the judge knows the law. There is no need, in theory, for the parties to provide him with the materials and information necessary for the decision of questions of law. No similar presumption is possible in relation to questions of fact. *Iuria novit curia* may be plausible; *facta novit curia* is absurd" (JOLOWICZ, J. A. **On civil procedure**, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 222).

[1299] Sobre o tema do ônus da prova, elucida Andrea Proto Pisani: "Da questo angolo visuale il principio dell'onere della prova opera riguardo alla risoluzione della *quaestio facti* alla stessa stregua di como l'art. 12 delle preleggi opera riguardo alla *quaestio iuris*" (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, cit., p. 447.).

isto é "o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato".[1300] Cuida-se, porém, da própria presunção de veracidade do ato administrativo, tema tratado a seguir.

Os demais pressupostos de validade do ato administrativo não guardam, como regra, relação direta com matéria de fato e a prova no processo. A presunção de legitimidade do ato administrativo, portanto, com exceção dos motivos de fato do ato, não recai como regra sobre questões fáticas.[1301]

Não parece correto afirmar, deste modo, que a presunção de legitimidade constitui presunção legal relativa conforme a classificação da ciência processual, pois em geral não se trata propriamente de uma regra especial de ônus da prova que servirá para solucionar no processo dúvidas sobre questões fáticas, entendimento este defendido na doutrina de Direito Administrativo por Cassagne[1302], Di Pietro[1303], Freitas[1304], Justen Filho[1305] e Oliveira[1306].

Daí o porquê de Gian Antonio Micheli[1307], Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández[1308] afirmarem, sobre a presunção de legitimidade do ato administrativo que, ao fim e ao cabo, constitui uma regra de ônus da *impugnação*. Ou seja, cabe ao interessado, que entender haver vício no ato administrativo, impugná-lo.

Poder-se-ia argumentar que a presunção de legitimidade também impõe ao interessado, para além do ônus da impugnação, o ônus de argumentação.[1309] Há de se reconhecer, no entanto, que a existência de um ônus da argumentação, ao menos como regra de julgamento, se enfraquece quando se parte do pressuposto que o juiz tem o dever de conhecer o Direito e aplicá-lo no caso concreto.[1310]

[1300] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 401.
[1301] PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, cit., p. 1032.
[1302] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 211.
[1303] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 208.
[1304] FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**, cit., p. 121.
[1305] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 161.
[1306] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 314.
[1307] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 286, nota de rodapé n° 118.
[1308] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 585.
[1309] É o que defende Víctor Ferreres Comella com relação à presunção de constitucionalidade das leis (COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**, cit., p. 131), presunção essa que consideramos muito próxima à presunção de legitimidade dos atos administrativos.
[1310] PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, cit., p. 1034 e 1035.

Seja como for, alerta Leo Rosenberg[1311] que a confusão acima tratada constitui erro comum na prática judicial: com frequência as decisões procuram transpor questões jurídicas ao domínio dos fatos, resolvendo-se indevidamente questões de direito por meio das regras de ônus da prova.

Logo, a presunção de legitimidade, de modo geral, não constitui regra especial de ônus da prova. Em verdade, constitui, em termos processuais, regra de ônus de agir, no sentido de atribuir ao interessado o ônus de impugnar o ato administrativo caso entenda haver algum vício que o inquine.[1312]

6.6.2.1.4. Duração da presunção de legitimidade do ato administrativo

De outro lado, discute-se até que momento o ato é presumido regular. Parcela da doutrina entende que a presunção de legitimidade perdura até que seja declarada a invalidade do ato, como é o caso de Fraga[1313], Martins[1314], Dromi[1315], Di Pietro[1316], Brewer-Carías[1317] e Rivero[1318]. Outra parcela da doutrina entende que os atos são presumidos como válidos até a sua impugnação, como Nohara[1319], Pires[1320], Freitas[1321], Bandeira de Mello[1322], Figueiredo[1323], Rocha[1324] e Ferraz e Dallari[1325].

Entende-se que a presunção em tela não é elidida com a simples impugnação, seja ela judicial ou administrativa. Coerente com o entendimento adotado no trabalho de que o fundamento da presunção de legitimidade é a imperatividade, o ato administrativo se mantém imperativo ainda que realizada a impugnação, de modo que a presunção é elidida com a invalidação do ato pela administração ou judicialmente.

[1311] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 25.
[1312] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 208.
[1313] FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**, cit., p. 275.
[1314] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 219.
[1315] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 226.
[1316] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 207.
[1317] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo III: Los actos administrativos y los contratos administrativos**, cit., p. 130.
[1318] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 117.
[1319] NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**, cit., p. 181.
[1320] PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados, cit., p. 320.
[1321] FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**, cit., p. 130.
[1322] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características, cit., p. 378.
[1323] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 191.
[1324] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**, cit., p. 307.
[1325] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 303.

Todavia, esclarece-se que a questão da duração da presunção de legitimidade, no fundo, tem relevância prática processual notadamente para a própria existência da presunção de veracidade do ato.

Afinal, tendo em vista que a presunção de legitimidade constitui em geral uma regra de ônus de agir (impugnação), logicamente apenas a presunção de veracidade remanesce como questão importante no processo após a impugnação do ato.

6.6.2.2. Presunção de veracidade: fundamento, definição e alcance

Como visto anteriormente, a presunção de legitimidade se trata de fenômeno com repercussão para fora do processo judicial e de mais importância no próprio Direito Administrativo. Sem embargo, o estudo agora se inclina para tratar da presunção da veracidade do ato administrativo, a qual tem profunda relação com a de legitimidade.

A realidade é que o tema da presunção da veracidade do ato administrativo na doutrina é controverso em todos os seus ângulos. De fato, de um lado, há quem faça distinção entre a presunção de veracidade e a legitimidade do ato administrativo. Referida doutrina, então, defende que a presunção de legitimidade se reporta ao ato administrativo, ao passo que a presunção de veracidade, em alguma medida, se refere aos fatos declarados ou aos documentos da administração pública.

Diz-se "em alguma medida" porque, no fundo, o que se observa são entendimentos divergentes: de um lado, há quem entenda que a presunção de veracidade alcança apenas os motivos de fato do ato administrativo; de outro lado, há quem assinale que a presunção de veracidade é mais ampla, contemplando qualquer declaração ou documento da administração ou de seus agentes.

Seja como for, a existência de uma presunção de veracidade do ato ou de um efeito da presunção de legitimidade que de alguma maneira influi nas regras de ônus da prova no processo judicial é defendida por Rivero[1326], Nohara[1327], Dromi[1328], Cretella Júnior[1329], Medauar[1330], Martins[1331], Carvalho Filho[1332], Meirelles[1333], Gasparini[1334], Moreira Neto[1335], Di Pietro[1336] e Oliveira[1337].

[1326] Vale, no entanto, esclarecer que o autor não menciona expressamente o termo *presunção de veracidade*, mas deixa claro, ao discorrer sobre a *presunção de conformidade com o direito* do ato que: "a Administração, no recurso, está na situação de defendente: cabe ao particular fazer a prova da ilegalidade por ele alegada (...)" (RIVERO, Jean. **Direito administrativo**, cit., p. 117).
[1327] NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**, cit., p. 181.
[1328] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 226.
[1329] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 86.

De outro lado, há autores, como é o caso de Gordillo[1338], Bandeira de Mello[1339], Pires[1340], Rocha[1341], Tomé[1342], Freitas[1343] e Miranda Netto[1344], que se posicionam no sentido de que a presunção de veracidade do ato administrativo, enquanto presunção legal de natureza relativa no processo, não encontra alicerce no Direito.

Fundamentam de maneira geral tais autores que a inversão do ônus da prova fruto da presunção de veracidade constitui carga demasiada pesada ao administrado no processo judicial, especialmente em um Estado Democrático de Direito, para além de violar a isonomia processual.

Inclina-se no estudo no sentido de que a presunção de veracidade do ato administrativo existe e é válida. Todavia, conclui o estudo que a presunção em tela sofre severas restrições no plano do processo civil, inclusive de caráter prático, a seguir vistas.

Isto posto, compreende-se que a presunção de veracidade nasce a partir da presunção de legitimidade do ato administrativo.[1345] De fato, dizer que o ato administrativo se presume legítimo importa reconhecer que o Direito presume a regularidade do exercício da função estatal.[1346]

[1330] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, cit., p. 130.
[1331] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 216 a 217.
[1332] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, cit., p. 127.
[1333] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 183.
[1334] GASPARINI, Diogénes. **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.
[1335] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, cit., p. 95.
[1336] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 208.
[1337] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, cit., p. 314.
[1338] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**, cit., p. V–23.
[1339] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características, cit., p. 378.
[1340] PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados, cit., p. 321.
[1341] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**, cit., p. 308. Convém notar que o autor até reconhece a existência de uma presunção de veracidade que alcança *os fatos alegados pela Administração*, mas ao mesmo tempo reconhece que a partir da impugnação, a presunção é elidida, de modo que não surte efeitos para fins de ônus da prova.
[1342] TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**, cit., p. 271.
[1343] FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**, cit., p. 123.
[1344] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 115.
[1345] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 216 a 217.
[1346] *Ibid*., p. 213.

Do ponto de vista da regularidade, são pressupostos de validade do ato administrativo: o sujeito, o motivo de fato e de direito, os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização.[1347]

Daí o porquê de se afirmar que, como regra, as circunstâncias fáticas que levaram a sua prática (motivo de fato) presumem-se ocorridas, entendimento este adotado nas doutrinas de Martins[1348], Brewer-Carías[1349], Meirelles[1350] e Oliveira[1351].

Diz-se "como regra", porque o motivo de fato é o pressuposto de validade do ato diretamente ligado ao tema dos fatos e da prova no processo[1352], como inclusive visto no capítulo em que foi tratado o principal ponto de encontro entre o ato administrativo e o Direito Probatório no processo civil.

Assim, em outras palavras, sob esta ótica, a presunção de veracidade do ato administrativo constitui decorrência lógica da própria presunção de legitimidade.[1353] Dada a clareza, convém registrar trecho da obra de Ricardo Marcondes Martins[1354]: "a presunção de veracidade dos fatos decorre (...) da presunção de legitimidade do ato. É por se presumir que o ato seja conforme ao Direito que se presumem presentes as circunstâncias fáticas que teriam autorizado ou exigido sua edição".

Cuida-se a presunção de veracidade, sem sombra de dúvida, de presunção legal de natureza relativa, conforme se observa na doutrina de Di Pietro[1355], Gasparini[1356], Martins[1357], Cassagne[1358] e Dromi[1359]. Ou seja, ao fim e ao cabo de uma instrução infrutífera, trata-se de regra especial de ônus da prova que em geral presume relativamente os motivos de fato do ato administrativo como ocorridos.

Percebe-se que a partir dessa concepção, a presunção de veracidade não alcança qualquer declaração emitida ou documento firmado pelo poder público. Ao revés,

---

[1347] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 399.
[1348] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 216 a 217.
[1349] BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo III: Los actos administrativos y los contratos administrativos**, cit., p. 130.
[1350] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 183.
[1351] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, cit., p. 314.
[1352] Conforme esclarece Ricardo Marcondes Martins sobre os motivos de fato do ato administrativo: "Estes se referem às circunstâncias fáticas que autorizam a edição do ato (...) e por isso estão intimamente relacionados com a *teoria das provas*" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 216).
[1353] *Ibid*., p. 216 a 217.
[1354] *Ibid*., p. 217.
[1355] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 208.
[1356] GASPARINI, Diogénes. **Direito Administrativo**, cit., p. 48.
[1357] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 217.
[1358] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 20.
[1359] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 226.

alcança apenas os pressupostos de validade do ato administrativo, e entre estes, como regra, os motivos de fato.

Veja que o tema está longe de ser trivial em termos práticos. Afinal, o STJ já encampou sentido muito mais amplo do que o ora defendido. Por exemplo, já julgou o aludido Tribunal Superior no sentido de que: "os depoimentos dos agentes públicos gozam de presunção de veracidade".[1360]

De outro lado, do entendimento adotado, percebe-se também que a presunção de veracidade é elidida caso a presunção de legitimidade seja rechaçada, uma vez que a primeira decorre logicamente da segunda. Logo, reconhecido um vício em qualquer dos pressupostos de validade do ato, deve ser afastada a presunção de veracidade do ato.

Para além disso, entende-se que a presunção de veracidade tem lugar apenas naqueles casos em que os motivos de fato suscitados sejam os corretos para a produção do ato administrativo, pois, caso a administração pública alicerce o ato administrativo em motivo de fato não previsto como aquele necessário à prática do ato, tem-se discussão que importa diretamente ao Direito Administrativo.

Percebe-se daí a importância da boa motivação do ato administrativo, momento em que serão arrolados os motivos de fato que serviram de base para produção do ato. Nas palavras de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari[1361]: "Sem a explicitação das razões tornar-se extremamente difícil sindicar, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido".

Com isso, infere-se que a presunção de veracidade tem relevo principalmente no diz que respeito ao ato administrativo de natureza concreta, hipótese em que o antecedente do ato criado se refere a um fato ocorrido na realidade, e não a uma hipótese de incidência, motivo pelo qual surte efeitos no âmbito probatório do processo judicial.[1362]

Por derradeiro, nada impede que se utilize no lugar do termo presunção de *veracidade* a expressão presunção de *legitimidade dos motivos de fato* do ato. Deveras, como visto, a presunção de veracidade é, no fundo, decorrência lógica da presunção de legitimidade, a qual, por sua vez, recai sobre todos os pressupostos de validade do ato, inclusive os motivos de fato, que é o pressuposto que como regra se relaciona com

---

[1360] 5ª Turma, AgRg no HC n. 730.440/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, , julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.
[1361] FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 115.
[1362] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 219.

matéria fática e a prova no processo. No entanto, considerando-se que a presunção dos motivos de fato influi nas regras de ônus da prova do processo judicial, diversamente da presunção de legitimidade dos demais pressupostos de validade do ato administrativo, inclina-se no estudo para o uso da expressão presunção de *veracidade*.

6.6.2.3. A diferença entre a presunção de veracidade do ato administrativo e a fé pública

Um dos pontos complexos no tema da presunção de veracidade diz respeito à sua diferença em relação à fé pública. Com frequência, o que se observa é que os termos são utilizados como sinônimos ou, ainda, apresentados como temas interligados. Ou seja, há casos em que as expressões fé pública e a presunção de veracidade do ato são utilizadas para representar a mesma realidade ou, ainda, utilizadas para se afirmar que a presunção de veracidade do ato decorre da fé pública do servidor e vice-versa.[1363]

Sem embargo, entende-se no estudo que os termos em tela têm origem e campos de aplicação distintos.

Isto posto, com base em Eduardo J. Couture[1364], pode se afirmar que a fé pública é a qualidade própria que a intervenção de certos agentes públicos confere a determinados documentos. Acrescenta Luiz Guilherme Loureiro[1365] que a fé pública é concedida a certos agentes públicos "(...) para que os documentos que autorizam em devida forma sejam considerados como autênticos e verdadeiros, até prova em contrário".

Sem embargo, a fé pública não se confunde com a verdade ou sua probabilidade. Como sublinha Eduardo Couture[1366], o cidadão não crê necessariamente na verdade do contido em todos os instrumentos públicos. Até porque, o simples fato de o documento ser produzido pelo Estado não é garantia, por si só, de qualidade.[1367] Ao contrário, o que

---

[1363] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 195. A exemplo, o STJ se manifestou no sentido de que "O ato administrativo tem fé pública e goza de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade" (1ª Seção, AgInt no MS 27.762/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021).
[1364] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 47.
[1365] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**, 8. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 1022.
[1366] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 29.
[1367] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 139.

se pretende justamente com a fé pública é atenuar a ficção da aludida crença com uma construção de atos emanados por certas autoridades, que impõem essa crença.[1368]

No Brasil, a fé pública vem insculpida expressamente no art. 19, inciso II, da CF, que determina ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos.

Percebe-se, inclusive da própria redação do acima citado art. 19, inciso I, da CF, que o tema da fé pública tem profunda ligação com o tema dos documentos públicos.[1369] De fato, o art. 405 do CPC, que trata da força probante dos documentos públicos, assinala que este faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o agente público declarar que ocorreram em sua presença. De outro lado, disciplina ainda o art. 215 do CC que a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

A fé pública se restringe ao que o agente público observou em sua presença[1370], o que inclusive está literalmente representado no supramencionado art. 405 do CPC. Assim, por exemplo, em um negócio jurídico, eventual vício de manifestação da vontade não se corrige no documento público, pois o agente público confere fé à manifestação de vontade a ele apresentada, mas não à vontade em si mesma.[1371]

Em que pese a redação do art. 215 do CC traga em seu bojo a expressão "prova plena"[1372-1373], a fé pública também tem natureza jurídica de presunção legal relativa, como reconhecido amplamente por Couture[1374], Amaral Santos[1375], Moniz de

---

[1368] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 29.
[1369] HELLIG, Jorge Ríos. **La práctica del derecho notarial**, 8. ed. México: McGrawHill, 2012. p. 50.
[1370] LESSONA, Carlo. **Teoría General de la Prueba en Derecho Civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo 3**, Madrid: Revista de Legislación, 1908. p. 345.
[1371] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 35.
[1372] De um ponto de vista epistemológico, crítica Vitor de Paula Ramos a expressão, uma vez que: "(...) toda e qualquer prova pode, em tese, aumentar ou diminuir a corroboração das hipóteses fáticas. Uma só prova pode aportar um valor muito alto, ou uma valor muito baixo. Entretanto, a ideia de que uma prova seja 'plena' ou 'não plena' me parece totalmente equivocada'" (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 299).
[1373] A respeito do tema, convém registrar lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão relativamente ao CPC/1973: "Sobre a confissão, o documento público, as reproduções mecânicas, dispunha o projeto encaminhado ao Parlamento que fariam 'prova plena'; foi porém emendado e suprimido o adjetivo ("plena") precisamente porque à face da regra da livre convicção (art. 131) ele não poderia figurar na lei. Conquanto a vontade do legislador não sirva de base à exegese da lei, é fora de dúvida que, nesses três casos, a supressão alcançou o objetivo colimado, resultando, por isso, que tais atos fazem prova (verdadeiro truísmo), mas não vinculam o juiz, que os apreciará livremente no conjunto de todas as provas produzidas" (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Direito à prova. **Revista de Processo**, v. 39, p. 98-118, jul-set, 1985. p. 12-versão digital).
[1374] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 81.
[1375] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**, cit., p. 135.

Aragão[1376], Nery e Nery[1377], Dinamarco[1378], Lopes e Lopes[1379], Didier *et al*[1380] e Leite[1381].

Como já dito, com frequência a fé pública e a presunção de veracidade do ato administrativo são consideradas expressões sinônimas, ou ao menos relacionadas de alguma maneira, pela doutrina e jurisprudência. Parece ainda decorrer disso inclusive a controvérsia sobre se todos os agentes públicos são dotados ou não de fé pública.

Para Eduardo Cambi[1382], por exemplo: "Os documentos públicos são dotados de fé pública, em virtude da presunção de legalidade dos atos administrativos". Por sua vez, Fredie Didier *et al*[1383] entendem que, independentemente da função, o documento produzido por servidor público no exercício de sua competência tem natureza de público e a força probante tal como prevista no art. 405 do CPC, dada a própria lógica da presunção de legitimidade que acompanha os atos praticados pelos agentes públicos. Também Clarisse Frechiani Lara Leite[1384] propõe que o fundamento da fé pública "repousa na presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos". Por fim, Fernando Gama de Miranda Netto[1385] aduz que: "Uma primeira consequência da presunção de legitimidade é que os atos da administração pública revestem-se de fé pública, diferentemente dos particulares, que precisam recorrer aos serviços notariais (...)".

Entende-se, no entanto, que a fé pública não se confunde com a presunção de legitimidade ou veracidade dos atos administrativo, tampouco é concedida pelo ordenamento a todos os agentes públicos.

[1376] MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, v. 116, p. 11-28, jul-ago, 2004. p. 7-versão digital.
[1377] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1 ed. ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 780.
[1378] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 673.
[1379] LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria geral da prova**, cit., p. 332.
[1380] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 222.
[1381] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**, cit., p. 22.
[1382] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 419.
[1383] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 221.
[1384] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**, cit., p. 21.
[1385] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 104.

Com efeito, tal como aduz Eduardo Couture[1386], a fé pública historicamente sempre foi associada à função notarial. Não parece ser por outra razão que o art. 3° da Lei Federal n° 8.935/1994 assenta que: "Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".[1387]

Fato é que, com o passar do tempo, antes reservada à atividade notarial, aos poucos a fé pública foi elastecida para atividades desempenhadas por outros agentes públicos ou outros temas do Direito.[1388]

Deveras, como esclarece Eduardo Couture[1389], a fé pública serviu até como objeto de proteção de certos tipos penais, como nos casos de moeda falsa, falsificação de documentos etc., o que inclusive ocorreu no Brasil a partir dos artigos 289 e seguintes do Código Penal.

Tamanha foi a perda de precisão do conceito em tela, como aponta William Santos Ferreira[1390], que já se chegou ao ponto de se entender na doutrina e jurisprudência que as afirmações do perito nomeado pelo juiz são dotadas de fé pública, até prova em contrário.

Pondera Eduardo Couture[1391] que a partir do momento em que a fé pública passou a descrever várias distintas realidades, naturalmente houve perda de precisão conceitual. Alerta assim o próprio autor sobre a necessidade de se resgatar um sentido preciso ao termo.[1392]

[1386] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 17.

[1387] Daí o porquê de Luiz Guilherme Loureiro afirmar, sobre a fé pública, que: "Este princípio é tão importante que se confunde com a própria função do notário e sua expressão laudatória é utilizada como lema deste profissional do direito: *Nihil prius fide* (nada antes que a fé)" (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**, cit., p. 1022).

[1388] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 68. Em esteira semelhante, registra-se o entendimento de Maurício Zockun: "É bastante variada a noção jurídica que se atribui à denominada *fé pública*, mormente porque não se trata de instituto limitado aos estritos quadrantes da função notarial e de registro, sem embargo de seu assento constitucional" (ZOCKUN, Maurício. **Regime constitucional da atividade notarial e de registro**, São Paulo: Malheiros, 2018. p. 84).

[1389] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 25 e ss.

[1390] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 324.

[1391] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 18.

[1392] Sublinha Eduardo Couture que: "Con un simple paso más, la fe pública se extiende a cosas que ni siquiera son documentos, como ocurre con las monedas o con el cuño que lleva la impronta del Estado. Ocurre, entonces, que la fe pública ha perdido su originario contenido y en lugar de ser una atestación de la autoridad, se ha convertido en un símbolo o una mera representación. Ya evadido de su primitivo contenido, el concepto de fe pública se transforma en una mera opinión, espontánea unas veces, impuesta por el Estado otras (*Ibid*., p. 18 e 19).

É necessário, assim, na esteira do que ensina Juan Carlos Cassagne[1393], não se confundir as presunções de legitimidade e veracidade do ato administrativo com o tema da fé pública. A amplitude conferida à fé pública, por vezes igualada às presunções em tela, importa na comparação indevida da atuação administrativa com a dos agentes públicos detentores de fé pública, cujos regramentos são bem distintos.[1394]

Desde modo, na esteira do que pondera Eduardo Couture, não há razões para igualar a fé pública com a presunção de veracidade do ato administrativo, tampouco para se concluir que todo agente público é detentor de fé pública.[1395] A fé pública, como visto, tem origem em atividade que é voltada especificamente à certificação ou registro de determinados fatos[1396], ao contrário da prática dos atos administrativos, os quais, em geral, não são produzidos com esse objetivo.[1397]

Pontes de Miranda[1398] bem sintetiza a problemática, ao concluir que: "Só se atribui fé pública ao ato e certidão do funcionário público administrativo quando se lhe confiou função de instrumentação de atos jurídicos, ou de registro, e a *lex specialis* for explícita quanto à fé pública (...)".

Semelhante raciocínio, embora escorado no ordenamento português, é compartilhado por Joaquim Seabra Lopes[1399]: "A fé pública dimana portanto das disposições da lei civil que a conferem aos atos e declarações de certas pessoas (...)".

A exemplo, tem-se o art. 17 da Lei Federal n° 8.662/1993 que, sem pertencer ao âmbito específico da atividade notarial, assim determina: "A Carteira de Identificação Profissional expedida pelos Conselhos Regionais de Serviço Social (CRESS), servirá de

---

[1393] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 235.

[1394] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 197.

[1395] Conforme aduz o autor: "La aptitud certificante ha sido instituida en favor de los funcionarios públicos por un texto legal; pero esa aptitud no es una condición inherente a la calidad de funcionario, porque la propia ley establece casos en los cuales los particulares expiden documentos que hacen fe, y casos en los cuales los funcionarios públicos expiden documentos que no hacen fe" (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 67).

[1396] Como esclarece Eduardo J. Couture sobre a fé pública: "Ese poder certificante consiste, en términos generales, en la potestad de atestiguar la verdad de los hechos que han ocurrido en presencia del autorizan te, en nombre del Estado" (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 67).

[1397] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 197.

[1398] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado - Tomo III**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 564.

[1399] LOPES, Joaquim Seabra. **Direito dos registos e do notariado**, 11. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 27.

prova para fins de exercício profissional e de Carteira de Identidade Pessoal, e terá fé pública em todo o território nacional". De outro lado, o art. 1° da Lei 7.116/1983, também fora do âmbito notarial, assinala que: "A Carteira de Identidade emitida por órgãos de Identificação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios tem fé pública e validade em todo o território nacional".

À vista disso, de um lado, entende-se que a fé pública depende de previsão normativa e decorre de atividade específica voltada a certificar ou registrar fatos, aproximando-se assim de seu conceito histórico ligado à atividade notarial. De outro lado, como já visto, a presunção de veracidade decorre logicamente da presunção de legitimidade do ato e se limita como regra aos motivos de fato que justificaram a prática de um determinado ato administrativo.

É claro que há semelhanças entre a presunção de veracidade e a fé pública, sobretudo o fato de ambas, de alguma forma, se relacionarem com o Direito Público e, no processo, constituírem presunções legais de natureza relativa. Sem embargo, a origem pública de ambas e a natureza de presunção legal relativa não é capaz de, por si só, tornar os institutos iguais.

Daí inclusive parecer correto afirmar que de modo geral a fé pública é mais forte que a presunção de veracidade do ato administrativo, dado que tem origem em atividade especificamente voltada a certificar ou registrar fatos, com procedimentos mais rigorosos nesse sentido, entendimento este defendido por Eduardo Couture[1400] e Durval Carneiro Neto[1401].

Seja como for, ainda que se faça uso do termo fé pública no âmbito do ato administrativo, melhor seria a denominação *fé pública administrativa*, separando-a da *fé pública notarial* ou de outros tipos de fé pública, de modo a melhor esclarecer o que se entende por fé pública no âmbito do Direito Administrativo.

Tal entendimento, por exemplo, se traduz na classificação adotada por Fernando Gama de Miranda Netto[1402], que compreende correta a separação da fé pública em três tipos: a administrativa, a notarial e a judicial.

[1400] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 53 e 54.
[1401] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 199.
[1402] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 104.

Da mesma forma, não por outro motivo parece Bernardo Pérez Fernández del Castillo[1403] em sua obra tratar a fé pública enquanto gênero e a fé pública notarial como espécie.

O entendimento é perfilhado também por Durval Carneiro Neto[1404], no sentido de que: "faz-se mister um complemento adjetivo que ao menos distinga a atividade notarial da atividade administrativa em geral, mormente quanto aos seus efeitos".

Em arremate, conclui-se que a fé pública não se confunde com a presunção de veracidade do ato administrativo, tampouco se pode afirmar que a fé pública é conferida a todos os agentes públicos. Não se defende no estudo, todavia, que a fé pública está restrita aos notários; ao contrário, pode abarcar qualquer agente público, desde que haja previsão no ordenamento nesse sentido.[1405]

6.6.2.4. Os documentos públicos e a presunção de veracidade dos atos administrativos

Com o entendimento de que nem todo agente público é detentor de fé pública no exercício de suas competências, passa-se então a verificar como os temas dos documentos públicos e do ato administrativo se relacionam.

Trata-se o documento, na visão de Francesco Carnelutti[1406], de "una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho". Por sua vez, Moacyr Amaral Santos[1407] define documento como "a coisa que serve para representar outra (...)". Ovídio Baptista da Silva[1408], em linha próxima ao dos demais, define documento, ao menos em um sentido amplo como: "todas as coisas capazes de, por si mesmas, representarem algum fato".

O documento é sempre obra de um indivíduo[1409]. Daí o porquê de o CPC acolher, entre outras, a classificação de documentos segundo sua autoria, que leva à distinção entre documentos públicos e particulares.

[1403] CASTILLO, Bernardo Pérez Fernández del. **Derecho Notarial**, 18. ed. México: Porrúa, 2012. p. 180.
[1404] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 198.
[1405] ROCHA, José de Moura. Notariado e o processo civil. **Revista de Processo**, v. 1, p. 59-70, jan-mar, 1976. p. 66.
[1406] CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**, cit., p. 156.
[1407] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**, cit., p. 41.
[1408] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**, cit., p. 376.
[1409] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**, cit., p. 41.

Constitui o documento público aquele documento formado por agente público autorizado a produzi-lo[1410] e o particular, na dicção de Clarisse Frechiani Lara Leite[1411], de "todo aquele que não tenha sido elaborado por agente público no exercício de sua função".

Como visto anteriormente, o tema da fé pública tem profunda ligação com o tema dos documentos públicos. De fato, o art. 19, inciso II, da CF assinala ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos. Demais disso, o art. 405 do CPC, que trata da força probante dos documentos públicos, assinala que este faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o servidor declarar que ocorreram em sua presença, este último, campo próprio da fé pública.[1412] De outro lado, disciplina o art. 215 do CC que: "A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena".[1413]

Daí surgir a seguinte indagação: qualquer documento emitido por agente público no exercício de sua competência tem a força probante tal como aquela prevista no art. 405 do CPC, notadamente no que diz respeito à prova dos fatos que o agente público declarar que ocorreram em sua presença?

Em verdade, a celeuma não é exclusivamente brasileira, tampouco é nova, como se observa na doutrina do argentino Juan Carlos Cassagne[1414] e do italiano Andrea

---

[1410] *Ibid*., p. 44.

[1411] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**, cit., p. 29.

[1412] Como esclarece Eduardo Couture sobre a fé pública: "Ese poder certificante consiste, en términos generales, en la potestad de atestiguar la verdad de los hechos que han ocurrido en presencia del autorizan te, en nombre del Estado" (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**, cit., p. 67). Também como afirma Fabio Guidi Tabosa Pessoa: "Quanto aos documentos públicos, diz o art. 405 do CPC fazerem prova não apenas de sua formação mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declararem que ocorreram em sua presença. Essa aptidão probatória se deve fundamentalmente à fé pública, que vem a ser a presunção de veracidade emergente das declarações de certos agentes públicos em seus atos de documentação" (TABOSA PESSOA, Fabio Guidi. Das provas, *in*: **Código de Processo Civil Interpretado - Antonio Carlos Marcato (coordenador)**, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 730). Também Leonardo Greco conclui que "O documento público tem maior força probante do que o particular; ele prova a existência de fatos que o servidor declarou que ocorreram em sua presença, graças a uma presunção relativa de veracidade, a chamada fé pública" (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. II**, cit., p. 181).

[1413] Destaca-se trecho da obra de Vitor de Paula Ramos, no sentido de que "Por fim, é preciso destacar que os processos de autenticação atuais podem ser menos ou menos mais seguros e, também esses, ser menos ou mais sujeitos a confiança; essa poderá, dependendo do caso, ser racional ou irracional, ser pragmática ou verdadeiramente epistêmica. A confiança tradicional que a doutrina deposita nos documentos públicos não é, portanto, um fato automático, mas uma opção que pode a qualquer momento ser revisada" (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.**, cit., p. 130).

[1414] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 233.

Zuliani[1415]. Sublinha nesse sentido Agustín Gordillo[1416] que o problema surge da frequente associação que se faz entre a presunção de legitimidade do ato administrativo e o documento produzido por agente público e, em última análise, entre o instrumento que acompanha o ato administrativo e o próprio ato.

Seja como for, a doutrina se posiciona em diferentes sentidos. De um lado, tem-se aqueles autores que em alguma medida relacionam o documento público e a presunção de legitimidade do ato administrativo e, por consequência, concluem que o documento público produzido pelo agente público, independentemente da função, se presume verdadeiro relativamente aos fatos que o agente público declarar que ocorreram em sua presença.

É o caso, por exemplo, de Fredie Didier *et al*[1417]*,* os quais entendem que, independentemente da função, o documento produzido por servidor público no exercício de sua competência tem natureza de público e a força probante tal como prevista no art. 405 do CPC, dada a presunção de legitimidade que acompanha os atos produzidos pelos agentes públicos.

É também a compreensão de Luiz Guilherme Marinoni *et al*[1418], segundo o qual: "Perante o direito brasileiro não há razão para se estabelecer diferença entre o documento emanado de oficial público que tem função notarial e o documento emanado de oficial público que não a tem especificamente".

Ainda em esteira parecida, Sergio Cruz Arenhart[1419] conclui que: "Obviamente, não é apenas o documento lavrado por tabelião que goza dessa característica, já que todo agente público é dotado de fé pública e, assim, os documentos por ele lavrado seguem a mesma lógica".

Todavia, dado que já se concluiu no tópico acima que nem todo agente público é dotado de fé pública no exercício de suas competências, entende-se no estudo que correta a doutrina de Pontes de Miranda[1420], no sentido de que nem todo documento

---

[1415] ZULIANI, Andrea. Le prove documentali. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Secondo**, n. 108, p. 215–224, 1999. p. 227.
[1416] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**, cit., p. VII-1 e ss.
[1417] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 221.
[1418] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, cit., p. 520.
[1419] ARENHART, Sergio Cruz. Da prova documental, cit., p. 1069.
[1420] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 358.

público expedido por agente público tem a força probante do art. 364 do CPC/1973 (hoje, com redação muito próxima do art. 405 do CPC/2015); há de verificar antes se a lei que rege a função do servidor público confere tal eficácia ao documento. Dada a clareza, vale transcrever trecho da obra do mencionado autor:

> O direito material é que faz irradiar-se a eficácia da prova se o ato não é puramente processual. Assim, quando o art. 364 do Código diz que o documento faz prova não só da sua constituição (lá se diz "formação"), mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário público declara que ocorreram em sua presença, implicitamente faz remissão às leis especiais sobre os documentos públicos. Nem sempre o documento que o funcionário público expede faz prova a que alude o art. 364; é preciso que a lei que rege a sua função lhe dê tal eficácia probatória.[1421]

E reitera ainda o mesmo autor que: "O art. 364 tinha de referir-se aos documentos públicos, em geral, mas a prova que eles fazem depende da lei material, salvo se se trata de ato previsto no direito processual civil ou processual penal".[1422]

Parece ser similar a diretriz seguida por Moacyr Amaral Santos[1423], quando em sua obra divide o documento público, que é aquele formado por quem esteja no exercício de uma função pública, em instrumento público e escritura pública. Com relação ao instrumento público, divide o autor ainda em instrumento público de natureza administrativa, judicial e extrajudicial, e conclui que em relação ao administrativo: "Sua forma e eficácia são regidas pelas leis de organização administrativa da União, dos Estados e dos Municípios, sendo matéria regulada pelo direito administrativo".[1424]

Semelhante parece ser a conclusão de Fabio Guidi Tabosa Pessoa[1425] sobre o art. 405 do CPC, conforme o seguinte trecho:

> É preciso lembrar, contudo, que nem todo servidor público tem a capacidade de formar documentos, e, dentre aqueles que a têm, nem todos gozam de fé pública em seus atos, ou em todos; pode-se então dizer que nem todo documento dito público quanto à origem seja revestido de fé pública, não se aplicando a disposição de lei ora comentada, portanto, em função da singela natureza do mesmo.

Ou seja, a força probante a que alude o 405 do CPC/2015, depende, ao fim e ao cabo, de o plano material regente da competência do agente público atribuir aludida eficácia ao documento público.[1426] Entende-se assim que a presunção de legitimidade e

---

[1421] *Ibid*.
[1422] *Ibid*., p. 358.
[1423] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**, cit., p. 66.
[1424] *Ibid*., p. 79.
[1425] TABOSA PESSOA, Fabio Guidi. Das provas, cit., p. 730.
[1426] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 358.

veracidade, que não se confunde com a fé pública[1427], e que se circunscreve ao ato administrativo[1428], não é fundamento suficiente para tanto.

Semelhante visão sobre o tema é também compartilhada na doutrina de Gordillo[1429], Zuliani[1430], Cassagne[1431] e Jiménez[1432]. Ensina o primeiro autor argentino, inclusive, que: "no existe ninguna relación entre la presunción de legitimidad y el posible carácter de instrumentos públicos que pudiera asignárseles a los actos administrativos".[1433]

Quando muito, na esteira do que pondera Agustín Gordillo[1434], o documento firmado por agente público, que não detém fé pública, se presume autêntico quanto à data, ao lugar de sua produção e à pessoa que firmou o documento, mas não quanto ao seu conteúdo.

O que se defende, portanto, é que o art. 405 do CPC deve ser interpretado de modo restrito, a levar à conclusão de que, ainda que seja considerado público, e se presuma veraz quanto à sua formação, nem todo documento produzido por agente público faz prova de seu conteúdo.

A preocupação em distinguir a força probante dos documentos públicos, em alguma medida, parece ser acolhida na doutrina de Malatesta[1435], embora sob construção diversa da ora apresentada. Esclarece o autor que há de se diferenciar dois tipos de documentos públicos: aqueles que impõem a fé pública (documento autênticos), como é o caso dos documentos firmados por notários, e os documentos públicos que apenas inspiram a fé pública (documentos não autênticos), como é o caso

---

[1427] Nesse sentido: CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 235; DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 197.
[1428] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 217.
[1429] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**, cit., p. VII-1 e ss.
[1430] ZULIANI, Andrea. Le prove documentali, cit., p. 227. Vale esclarecer, de todo modo, que o autor alcança tal conclusão a partir da interpretação do art. 2699 do Código Civil Italiano, que assim dispõe: "L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato".
[1431] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 233 e ss.
[1432] JIMÉNEZ, Jesús Armando Colmenares. El manejo de la prueba en el procedimiento contencioso administrativo venezolano, cit., p. 48 e ss.
[1433] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**, cit., p. VII–1.
[1434] *Ibid*., p. VII–4.
[1435] MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, cit., p. 603.

dos documentos firmados pelos demais agentes públicos.[1436] Acresce o autor que os documentos particulares nem sequer inspiram a fé pública.[1437]

De outro lado, embora também sob construção diversa da ora adotada, é interessante notar que Clarisse Frechiani Lara Leite[1438], conquanto relacione a fé pública com a presunção de legitimidade dos atos administrativos, conclui que os documentos públicos que não sejam declarativos, tais como desenhos, mapas, fotografias, não se presumem verdadeiros quanto ao conteúdo, mas tão somente quanto à formação, o que vai depender de como a lei trata a disciplina do documento a ser produzido pelo agente. Esclarece assim a autora que:

> É preciso ter em mente contudo que, ao disciplinar a eficácia probatória do documento público, a lei trata especialmente de documentos que tenham por conteúdo a declaração de um agente público ("fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença").[1439]

Em síntese, para distinguir a presunção de legitimidade e veracidade do ato com os documentos públicos, propõe-se a observância das seguintes conclusões: (i) nem todo agente público, no desempenho de suas funções, é detentor de fé pública[1440]; (ii) não se pode confundir o ato administrativo com o instrumento do referido ato[1441]; (iii) não se confunde a presunção de veracidade do ato administrativo com a fé pública;[1442] (iv) os documentos firmados por agentes públicos são feitos segundo procedimentos e preocupações diversas quanto ao registro e certificação dos fatos, de modo que não se pode sempre lhes conferir força probante igual quanto ao conteúdo, na forma do art. 405 do CPC; (v) nem sempre o documento que o agente público firma faz prova a que alude o art. 405 do CPC, eis que é necessário que a lei que rege a sua função lhe confira tal eficácia probatória.[1443]

[1436] *Ibid*.
[1437] *Ibid*., p. 604.
[1438] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**, cit., p. 21 e 22.
[1439] *Ibid*.
[1440] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 564.
[1441] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 235.
[1442] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 197.
[1443] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 358.

6.6.2.5. Direito Administrativo Sancionador: conflitos entre a presunção de veracidade do ato administrativo e a presunção de inocência

É famosa a passagem de Voltaire em que o autor assim pondera: "mais vale se arriscar a salvar um culpado do que a condenar um inocente".[1444] Semelhante raciocínio seria também compartilhado por William Black Stone[1445] e Benjamin Franklin[1446].

De outro lado, é celebre também a lição de Cesare Beccaria[1447], no sentido de que: "Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada".

Trata-se de raciocínios protetivos ao acusado que ecoa ao longo do tempo, remontando a pelo menos o Direito Romano, que já concebia a aplicação da máxima *in dubio pro reo* como garantia de liberdade do imputado.[1448]

A proteção do acusado em face do Estado se revela, a partir das lições acima vistas, pelo menos em dois mecanismos processuais: de um lado, no tema dos *standards* probatórios, que em geral se diz devem ser aplicados em processos acusatórios critérios de suficiência probatória elevados; de outro lado, no tema da presunção de inocência do acusado que, de uma forma ou de outra, influência as regras de ônus da prova do processo.[1449]

É dentro desse contexto de proteção do indivíduo em face do Estado que o capítulo trata de aprofundar a presunção de inocência no Direito Administrativo de natureza sancionatória e o seu possível conflito, ou não, com a presunção de veracidade do ato administrativo.

[1444] VOLTAIRE. **Zadig ou o destino - história oriental - tradução de Paulo Neves**, cit., p. 26.
[1445] Assinala o autor em questão que: "It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer*"* (BLACKSTONE, Sir William. **Comentaries on the Laws of England - book the fourth: of public wrongs -**, Oxford: Yale Law School, 1765. c. 27).
[1446] Aduz o autor em questão que: "That it is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer, is a maxim that has been long and generally approved; never, that I know of, controverted" (FRANKLIN, Benjamin. **The Works of Benjamin Franklin, Vol. XI - Letters and Misc. Writings 1784-1788**, New York: G. P. Putnam's Sons, 1904. p. 13).
[1447] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.
[1448] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão - teoria do garantismo penal**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441. O autor ainda deixa claro que aludida garantia foi ofuscada em seguida com as práticas inquisitórias praticadas na Baixa Idade Média.
[1449] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 109.

Isto posto, teoriza parcela relevante da doutrina a existência de um "Direito Administrativo Sancionador", cujo principal objetivo é aprofundar a aplicação de certos princípios comuns do Direito Penal ao Direito Administrativo no campo da sanção.[1450]

A teoria em tela não implica afirmar que o Direito Administrativo de natureza sancionatória é idêntico ao Direito Penal ou Direito Processual Penal.[1451] O que se sustenta, ao contrário, é a existência de um núcleo comum de princípios e regras entre as aludidas searas, notadamente em razão do fato de que ambas visam a finalidades assemelhadas e se alicerçam na Constituição Federal.[1452]

Entre outros aspectos, faz parte do aludido núcleo de princípios e regras a presunção de inocência[1453], a qual, no Brasil, tem inclusive previsão expressa no art. 5°, inciso LVII, da CF, com a seguinte redação: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Duas sãos as principais finalidades do princípio em tela levantadas pela doutrina: uma probatória, atribuindo-se ao acusador o ônus da prova da acusação[1454]; e uma outra interpretativa, na qual, caso o julgador se depare com mais de uma intepretação possível em relação às circunstâncias apresentadas no processo, deverá adotar aquela mais favorável ao acusado.[1455]

A partir do corte proposto, chama atenção a primeira finalidade acima exposta, em que se pode observar, ao fim e ao cabo de uma instrução infrutífera, possível conflito, tanto no processo administrativo, como no judicial, entre a presunção de veracidade do ato administrativo e a presunção de inocência.[1456]

Dito isso, o que se observa nas doutrinas de Gabriel Doménech Pascual[1457] e Heraldo Garcia Vitta[1458] é que, havendo conflito entre as referidas presunções, deve prevalecer a presunção de inocência. É também o entendimento de Fernando Gama de

---

[1450] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, cit., p. 127.
[1451] *Ibid*., p. 151.
[1452] *Ibid*.
[1453] Nesse sentido: *Ibid*., p. 423; VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 103 e ss; GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia - Uma reavaliação da presunção de veracidade**, cit., p. 125 e 126.
[1454] Como esclarece Joan Picó i Junoy: "El derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con la garantías necesarias, referida a todo los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos" (PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**, 2. ed. Barcelona: Bosch, 2012. p. 191).
[1455] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo, cit., p. 747.
[1456] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, cit., p. 432.
[1457] PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez, cit., p. 1035.
[1458] VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**, cit., p. 108.

Miranda Netto[1459], o qual, demais disso, acresce: "Aqui, pode-se perceber nitidamente como o contencioso judicial administrativo se afasta do direito processual civil para se aproximar do direito processual penal (...)".

De outro lado, Fábio Medina Osório[1460] adota entendimento moderado, no sentido de tentar conciliar a aplicação de ambas as presunções, consoante o seguinte trecho de sua obra:

> Enfim, não se pode ignorar, mormente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a importância da presunção de veracidade e legitimidade inerente à determinador documentos ou provas produzidas pela acusação ou pelas autoridades administrativas. Não há um rol fechado ou exaustivo dessas provas, mas parece possível dizer que determinadas atos administrativos, próprios à fase das investigações, possuem inegável e intenso valor probante, não sendo lícito ao intérprete invocar, genericamente, a presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos.

De modo geral, o conflito entre as diferentes presunções legais relativas parece ser um dos temas mais complicados dentro da matéria de presunções, haja vista que as presunções legais são formuladas em razão de diferentes fundamentos[1461], para além de que, como regra, o ordenamento, ao menos brasileiro, não trata sobre qual presunção legal deve prevalecer havendo eventual conflito.

Daí o porquê de parcela da doutrina afirmar que, em termos processuais, havendo conflito entre presunções legais relativas, não há, a princípio, presunção que deva prevalecer.[1462] Ou seja, segundo aponta a mencionada doutrina, as presunções legais relativas não guardam entre si abstratamente força maior que a outra. A avaliação de qual presunção legal relativa prevalecente deve ser feita no caso concreto.[1463]

Sem embargo, o que se reconhece no estudo é que não há conflito de presunções na hipótese, seja no processo administrativo ou judicial. E ao menos por uma razão: as presunções em tela atuam em âmbitos distintos.

A presunção de inocência tem aplicação no processo administrativo, em que se coloca à administração pública o ônus da prova da acusação. Nessa etapa, conforme já discutido, a administração tem de observar o requisito de formalidade probatória e, em caso de dúvida, deve dissipá-la a partir da aplicação do dever-poder de autotutela, não havendo, assim, incidência da presunção de veracidade do ato administrativo. Logo, no

---

[1459] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 193.
[1460] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, cit., p. 439.
[1461] Nesse sentido: LADD, Mason. Presumptions in Civil Actions, cit., p. 280; MORGAN, Edmund M. Some Observations concerning Presumptions, cit., p. 906.
[1462] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 168.
[1463] *Ibid*.

processo administrativo, campo próprio da incidência da presunção de inocência, não há conflito de presunções.

Já por ocasião de um processo judicial, o interessado, atingido por um ato administrativo de natureza sancionatória fruto de um processo administrativo, questionará a regularidade do ato. Nessa hipótese, não se deve confundir a situação na qual uma ação tem como causa de pedir uma acusação a ser imputada a alguém (como ocorre em um processo penal ou mesmo em um processo em que se discute improbidade administrativa), com a ação que tem como causa de pedir a discussão sobre a validade de um ato administrativo.

Não se pode olvidar que o judiciário, nessa última hipótese, cumpre mais uma função revisora ou de controle de uma atividade previamente já desenvolvida pela administração pública que uma nova função.[1464] Logo, em termos probatórios, num processo judicial, quando questionado se o motivo de fato do ato administrativo corresponde ou não com a realidade, não se pode perder de vista que, ao ser chamada no processo judicial, a fazenda pública mostrará que já foi realizado o processo administrativo com a respectiva atividade probatória necessária para sustentar o ato.[1465]

Ou seja, questionado o ato administrativo sancionador em juízo, o poder público passa a ser parte no processo judicial, assumindo as garantias, ônus, deveres e poderes de qualquer parte.[1466] Nessa hipótese, a fazenda pública apenas defenderá o ato administrativo anteriormente produzido, segundo um processo administrativo já realizado.

Nada impede, inclusive, como anotam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández[1467], que se discuta no processo judicial a correta aplicação do princípio da presunção de inocência no processo administrativo. Trata-se, no entanto, de

---

[1464] Sobre a função revisora: FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 485; AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal, cit., p. 23; BETANCOURT, José Amando Mejía. La carga de la prueba en el contencioso-administrativo objetivo, cit., p. 144. Novamente, salienta-se que no ordenamento brasileiro não se adota um sistema revisor de caráter rígido, na medida em que, por exemplo, é possível evitar danos futuros causados pela administração, também não há necessidade de se esgotar a via administrativa para se ajuizar uma ação e, ainda, permite-se uma ação voltada a impugnar a inatividade da administração pública, dado que o art. 5°, XXXV, da CF, institui cláusula bem ampla de acesso à justiça.

[1465] DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 5 (versão digital).

[1466] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 242.

[1467] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**, cit., p. 181.

discutir se o processo administrativo foi realizado da maneira adequada e se o ato administrativo é válido.

Em conclusão, não se observa também no processo judicial a incidência do princípio da presunção de inocência na hipótese em que se discute a validade de um ato administrativo, haja vista que não há propriamente um processo acusatório. Todavia, nada impede se discuta, por ocasião de um processo judicial, a correta aplicação do princípio da presunção de inocência no processo administrativo.

6.6.2.6. Conflito de presunções de veracidade do ato administrativo entre diferentes entes federativos

Interessante questão levantada por Fernando Gama de Miranda Netto[1468] diz respeito à possibilidade de conflito entre presunções de veracidade com origem em diferentes atos administrativos produzidos por distintos entes-federativos.

O aludido autor apresenta como exemplo possível de conflito de presunções de veracidade a imunidade tributária recíproca das autarquias. Com efeito, prevê o art. 150, inciso VI, alínea 'a', da CF, a vedação da União, Estados e Município de instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. Porém, no caso das autarquias, a aludida imunidade, conforme §2° do mesmo dispositivo, somente é extensível ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Deste modo, na visão do autor, caso um município realize a cobrança de IPTU de uma autarquia estadual, mas esta alegue no processo que seu patrimônio se destina as suas finalidades essenciais, surge a questão sobre qual presunção de veracidade deve prevalecer no caso concreto.

De modo geral, como visto, o conflito entre presunções legais relativas parece ser um dos temas mais complicados dentro da matéria de presunções, uma vez que as presunções legais são formuladas em razão de diferentes fundamentos[1469], para além de que o ordenamento brasileiro não trata sobre qual presunção legal deve prevalecer no caso concreto na hipótese de conflito.

[1468] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica processual no contencioso judicial administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, v. IV, n. 4, 2009. p. 267.

[1469] Nesse sentido: MORGAN, Edmund M. Some Observations concerning Presumptions. **Harvard Law Review**, v. 44, No. 6, p. 906–934, 1931. p. 906; LADD, Mason. Presumptions in Civil Actions, cit., p. 280.

No caso proposto, de um lado, Fernando Gama de Miranda Netto[1470] defende que parece ser o mais adequado considerar ineficaz ambas as presunções de veracidade do ato.

De outro lado, embora sem se referir à situação específica ora trazida, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[1471] adotam a corrente segundo a qual, havendo conflito entre presunções legais relativas, não há, a princípio, presunção que deva prevalecer. Ou seja, as presunções legais não guardam entre si e abstratamente força maior que a outra, de modo que a avaliação de qual presunção se sobressai, segundo aponta os autores mencionados, deve ser feita no caso concreto.

Sem embargo, em nosso entender, a partir da noção ora adotada de presunção de veracidade do ato administrativo, o que se observa é que inexiste conflito entre diferentes presunções de veracidade de atos produzidos por entes federativos diversos.

Com efeito, adotou-se no estudo o entendimento de que a presunção de veracidade decorre logicamente da presunção de legitimidade do ato administrativo, de modo a contemplar como regra os motivos de fato que ensejaram a produção do ato. Assim, produzido um ato administrativo por um ente federativo que atinja outro, o ato se presumirá legítimo e os motivos de fato se presumirão verazes.

Deste modo, se o ente federativo que produziu o ato era o competente para tanto, não se enxerga situação, salvo melhor juízo, em que outro ente federativo possa produzir ato administrativo anulando o ato produzido pelo ente-federativo anterior, de modo a firmar uma nova presunção de legitimidade do ato e, por consequência, uma nova presunção de veracidade. Nesse caso, vale lembrar que não há hierarquia entre os entes-federativos, dado o próprio princípio federativo adotado na nossa Constituição. O que se tem, ao contrário, é uma necessária repartição de competências entre os entes federativos, prevista na Constituição Federal.[1472]

De fato, é bem possível que haja discussão quanta à competência para a produção de um ato, por exemplo, naquelas hipóteses em que dois entes federativos

---

[1470] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 267.
[1471] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 168.
[1472] Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal Brasileiro à luz da constituição de 1988. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 86, p. 116–129, 1991. p. 124; HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 33, p. 249–274, out./1991. p. 249; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14 e 15.

produzem atos administrativos para a cobrança de tributo em face do mesmo contribuinte e em razão da mesma hipótese de incidência tributária. Entretanto, no fundo, o debate primário é de competência, e não discussão sobre a prova dos motivos de fato do ato administrativo que exija, ao fim e ao cabo de uma instrução infrutífera, a aplicação de regras de ônus da prova ou presunções legais.

De outro lado, se o ente federativo competente produziu um ato administrativo dentro de sua competência, eventual alegação ou declaração da administração pública de outro ente federativo que infirme os motivos de fato do ato não se presume veraz. E isso porque, como acima visto, a presunção de veracidade acompanha o ato administrativo, se restringindo aos seus motivos de fato, e não qualquer declaração ou alegação lançada pela administração pública.

Daí o porquê, em nosso sentir, de o exemplo trazido por Fernanda Gama de Miranda Netto acima demonstrado não retratar, ao menos dentro da concepção trazida no trabalho, de um conflito de presunções de veracidade do ato administrativo. Com efeito, sem entrar na discussão sobre quais são os deveres probatórios do município por ocasião do procedimento administrativo de lançamento de IPTU, o que se tem é que o lançamento de IPTU em desfavor de uma autarquia se presume legítimo e veraz quanto aos seus motivos de fato, porque se trata de um ato administrativo, mas a simples alegação no processo da autarquia de que seu patrimônio se destina a suas finalidades essenciais não se presume veraz, justamente porque não é um ato administrativo.

6.6.2.7. A presunção de veracidade do ato administrativo não altera o standard probatório do processo judicial para demonstração de que o motivo de fato do ato não ocorreu.

Destina-se o capítulo a discorrer sobre a relação entre a presunção de veracidade do ato administrativo e o tema dos *standards* probatórios ou modelos de constatação. O raciocínio central que embasa o presente capítulo é defender que o tema da presunção de veracidade do ato administrativo não altera a maior ou menor exigência probatória do processo judicial para demonstração de que o motivo de fato do ato não ocorreu.

Por qual motivo tratar o tema? Em alguns casos, se observa na prática forense o raciocínio de que a presunção de veracidade do ato administrativo torna mais difícil a prova de determinado fato que atinja a administração pública. No fundo, se trata de confusão entre os temas do ônus da prova e dos *standards* probatórios.

É o que se vislumbra, por exemplo, em algumas decisões proferidas pelo STJ[1473], nas quais se concluiu que o ato administrativo, somente em situações excepcionais e por meio de prova robusta e cabal, pode ser desconstituído, tendo em vista a presunção de legitimidade.

À vista disso, como já visto no trabalho, a presunção de veracidade decorre logicamente da presunção de legitimidade do ato e se limita como regra aos motivos de fato que justificaram a prática de um determinado ato administrativo. Constitui, por conseguinte, regra especial de ônus da prova que presume existente, ao fim e ao cabo de uma instrução infrutífera, os motivos de fato apresentados pela administração pública.

De outro lado, também já foi examinado que o tema dos *standards* probatórios emerge na etapa da tomada de decisão sobre os fatos.[1474] A partir do momento em que se acolhe um modelo de valoração racional da prova, surge a questão sobre quando uma dada hipótese fática pode ser considerada suficientemente provada no processo.

De fato, a atividade probatória é incapaz de alcançar resultados absolutos.[1475] Deste modo, na medida em que sempre há o risco de uma decisão judicial não corresponder com a realidade, deve o processo reconhecer a chance deste erro, incorporá-lo no sistema e passar a regulá-lo.[1476]

Trata-se da seara de aplicação dos *standards* probatórios ou modelos de constatação, isto é, nas palavras de Jordi Férrer-Beltrán[1477], nos "critérios que determinam se o grau de corroboração alcançado é ou não suficiente para considerar provadas todas ou algumas das hipóteses levantadas".

Como já dito, o que se defende é que a presunção de veracidade do ato administrativo, como regra especial de ônus da prova, não altera a maior ou menor

---

[1473] Já decidiu o STJ que: "O ato administrativo tem fé pública e goza de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Somente em situações excepcionais, desde que haja prova robusta e cabal, pode-se autorizar o afastamento da justificativa do interesse público à sua desconstituição, o que não se verifica de pronto no caso concreto" (1ª Seção, AgInt no MS n° 27.762/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28/9/2021, DJe de 1/10/2021). Em sentido semelhante, ainda, as seguintes decisões: STJ, 1ª Seção, AgInt no MS n° 28.038/DF, relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 29/11/2022, DJe de 1/12/2022; STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp n. 1.960.488/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/6/2022, DJe de 28/6/2022; STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1.889.993/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/6/2022, DJe de 17/6/2022.

[1474] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 30.

[1475] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 158.

[1476] KNIJNIK, Danilo. Os "Standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, cit., p. 16.

[1477] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 30.

exigência probatória demandada no processo para demonstração de que o motivo de fato do ato apresentado pela administração pública não ocorreu.

Isso, pois a variação da maior ou menor exigência probatória não importa em nenhuma modificação sobre a forma pela qual serão distribuídas as regras de ônus da prova, dado que o encargo de provar um determinado fato não se altera com a maior ou menor exigência para sua prova.[1478]

Com efeito, cuida-se o ônus da prova, ao menos sob uma perspectiva objetiva, de regra de julgamento que indica ao julgador como deve decidir naquelas hipóteses em que as afirmações de fato não foram suficientemente corroboradas pelas provas produzidas no processo.[1479]

Em que pese tanto a regra de ônus da prova como os *standard*s sejam regras de julgamento, as regras de ônus da prova acabam por realocar os riscos da ausência ou insuficiência de produção de provas no processo, determinando-se o perdedor nesse caso.[1480]

Percebe-se que a aplicação do ônus da prova somente surge quando uma alegação de fato discutida não foi suficientemente aclarada e é importante para a existência da relação jurídica debatida ou da aplicação do Direito no caso.[1481]

Ou seja, só se procede à aplicação das regras de ônus da prova depois que já se conhece qual o parâmetro de exigência probatória a ser atendido no processo.[1482]

Deste modo, a aplicação do ônus da prova somente será regular se houver um critério anterior de suficiência probatória a ser observado no caso concreto, pois, nas palavras de Ravi Peixoto[1483]: "O problema é que o ônus da prova, de forma isolada, não indica a suficiência probatória necessária para a desincumbência dos encargos probatórios".

Em síntese, a presunção de veracidade do ato administrativo, uma vez que constitui regra especial de ônus da prova, em nada altera a maior ou menor exigência probatória no processo para demonstração de que o motivo de fato do ato apresentado pela administração pública não ocorreu.

[1478] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 64.
[1479] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 183.
[1480] ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. Internacional Journal of Evidence and Proof. The Juridical Management of Factual Uncertainty, v. 7, 2003, p. 5.
[1481] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, cit., p. 24.
[1482] REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, cit., p. 340.
[1483] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos, cit., p. 592.

6.6.2.8. A importância do princípio da formalidade moderada do processo administrativo e dos requisitos procedimentais do ato administrativo no tema da presunção de veracidade

Busca-se na presente seção tratar do requisito de formalidade moderada do processo administrativo (ou requisitos procedimentais do ato administrativo) como tema relevante na questão da presunção de veracidade do ato administrativo.

Como se verá, a necessidade de formalização do ato administrativo leva à conclusão de que, para ser beneficiária da presunção de veracidade ao fim e ao cabo de uma instrução infrutífera no processo judicial, não podem os requisitos procedimentais serem inobservados para a elaboração do ato administrativo.

Sem embargo, para se alcançar a aludida conclusão, é necessário rememorar alguns resultados já apresentados no trabalho. Em primeiro lugar, como anteriormente visto, um dos princípios que guiam o processo administrativo é o formalismo moderado. Do ponto de vista probatório, compreende-se no princípio em tela o dever que a administração tem de adotar formas e ritos para a elaboração de um conjunto probatório voltado à produção do ato administrativo.

Também já se defendeu no presente estudo que a administração pública, quando for o caso, tem o dever de produzir provas no processo administrativo, e não um simples ônus, haja vista que o requisito de formalidade probatória não constitui um poder de agir livremente em benefício próprio, cujo descumprimento não constitui um ilícito.

Igualmente já foi defendida no trabalho a impossibilidade de a administração pública, como regra, produzir provas no processo judicial que deixou de produzir no processo administrativo, pois não se pode permitir que a administração pratique um ato administrativo e depois produza a prova para sustentá-lo.

De outro lado, já foi também debatido no trabalho que a presunção legal não surge do vácuo. Consoante aduzem Jerzy Wróblewski[1484], Chaïm Perelman[1485] e Marina

[1484] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 53 a 55. Acresce o autor que: "la norme de présomption détermine la direction de la décision quand il n'y a pas de preuve contraire, et que les conditions posées par cette norme sont réalisées" (*Ibid*., p. 56).

[1485] PERELMAN, Chaïm. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, cit., p. 340. Consoante ainda destaca o autor: "Les présomptions légales, par contre, ne fournissent pas des éléments de preuve, mais dispensent de la preuve celui à qui elles profitent. En l'absence de preuve contraire, les présomptions Juris tantum déterminent les effets juridiques d'une situation donnée : elles concerneront toujours des faits qualifiés".

Gascón Abellán[1486], as presunções legais relativas são normas jurídicas que obrigam o julgador a reconhecer uma dada conclusão na presença de um fato ou estado de coisas e a ausência de prova contrária.

De todo o exposto, o que se percebe, para a correta aplicação da presunção de veracidade do ato administrativo no processo judicial, é a necessidade de que o princípio do formalismo moderado do processo administrativo seja devidamente cumprido e, ao fim ao cabo, que sejam observados os requisitos procedimentais que devem anteceder um ato administrativo.[1487]

Trata-se do quanto defendido por Marçal Justen Filho[1488], que entende pela necessidade de observância do devido processo administrativo para a existência da presunção de legitimidade do ato em um processo judicial. Dada a clareza, vale registrar trecho da obra do autor: "A existência da presunção de legitimidade depende do cumprimento dos requisitos formais necessários. (...) A presunção depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas". [1489]

Por tal motivo, inclusive, parece também Maria Sylvia Zanella Di Pietro[1490] reconhecer a existência de uma presunção de veracidade do ato administrativo que inverte o ônus da prova no processo judicial, mas ao mesmo tempo reconhece também que o mencionado efeito "(...) não libera a administração de provar a sua verdade (...)".

[1486] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 138.

[1487] Trata-se do que defende Tiago Bitencourt David, conforme o seguinte trecho: "Somente após o devido cumprimento de todo o iter que precede a edição do ato administrativo e da revelação de que ele atende ao dever de fundamentação clara e coerente, é que se pode debater a respeito do ônus da prova quando postulado o reconhecimento da invalidade do ato (DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 4 - versão digital). Também Durval Carneiro Neto defende que: "Soa claro que a regra geral para a Administração Pública é a atividade sujeita a um procedimento mínimo de registro de fatos a fim de justificar a sua ação (ou a sua inação), daí ser prioritariamente dela o ônus da prova de tais fatos, pois se a Administração somente pode agir nas situações em que a lei lhe autoriza, tais situações devem ser de alguma forma por ela demonstradas" (DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 235).

[1488] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, cit., p. 162.

[1489] *Ibid*.

[1490] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 208.

Da mesma forma, parece não ser por outra razão que Agustín Gordillo[1491] – o qual, diga-se de passagem, nega a existência de uma presunção de veracidade do ato administrativo-, assinala no sentido de que:

> el día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, en condiciones de imparcialidad, etc., entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad.

Daí parece ser também o motivo pelo qual o art. 3° da Lei de Execuções Fiscais e o art. 204 do Código Tributário Nacional, que criam específica presunção de legitimidade do ato de inscrição na dívida ativa[1492], enunciarem que a dívida ativa *regularmente* inscrita goza de presunção relativa. De modo que se não for regular o processo administrativo na hipótese, afasta-se a aplicação presunção legal relativa do ato de inscrição.[1493]

À vista disso, o que se propõe na presente seção é: ainda que se verifique controvérsia sobre alegações fáticas pertinentes ao ato administrativo, na hipótese em que se verificar no processo judicial que a administração pública não cumpriu com o dever de formalidade probatória ainda na seara administrativa, o caso deve ser a princípio resolvido com a aplicação da teoria de nulidades do ato administrativo.

Percebe-se que não se trata de tema propriamente afeto ao Direito Probatório, seja por meio da atividade instrutória, seja por meio da aplicação das regras de ônus da prova, aí incluída a presunção de veracidade do ato. Antes, tem-se a aplicação apenas do Direito Administrativo, que reconhece a necessidade de que o ato administrativo, para que seja presumido ou considerado válido, deve observar os requisitos procedimentais que o antecedem.

Daí o porquê de parcela da doutrina de Direito Tributário afirmar que na ação que tenha por objeto a desconstituição de lançamento, embora, a princípio, o ônus da prova recaia sobre o contribuinte, deve o lançamento ser anulado, em razão de vício,

---

[1491] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**, cit., p. V–11.
[1492] COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**, cit., p. 176.
[1493] PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Leis de processo tributário**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 472.

caso se verifique na hipótese concreta que o lançamento pela administração não se alicerçou em provas.[1494]

Percebe-se, nesse contexto, que assume importante função o art. 438, *caput* e incisos I e II, do CPC, no sentido de que o juiz poderá requisitar às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.

Em conclusão, há de se separar os momentos em que a discussão probatória surge na seara do ato administrativo. Em primeiro lugar, a administração pública tem o dever de instruir o ato administrativo antes de produzi-lo, segundo um devido processo. Após a impugnação do ato no processo judicial, caso reste comprovado que a reconstrução probatória da administração não foi adequada, deve a questão ser dirimida por meio da teoria de nulidades do Direito Administrativo, hipótese inclusive que o ato pode ser fulminado independentemente de o fato elegido como correto para sua produção tenha ou não se sucedido na realidade. Só após considerar que o ato foi produzido segundo um devido processo é que o juiz examinará as contraprovas oferecidas pelo administrado, para daí verificar se estas afastam à hipótese sustentada pela administração.[1495] A presunção de veracidade do ato tem lugar ao fim e ao cabo do processo judicial, como regra de julgamento, apenas se, de um lado, for demonstrada que a reconstrução probatória da administração por ocasião do processo administrativo foi adequada e, de outro lado, após considerada infrutífera a instrução judicial.

6.6.2.9. A distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de amenizar no caso concreto a presunção de veracidade dos atos administrativos

Como visto, a presunção de veracidade constitui regra especial de ônus da prova por meio da qual se presumem verdadeiros, como regra, os motivos de fato necessários à produção do ato administrativo.

[1494] Nesse sentido: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 135; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 31.

[1495] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 136. Trata-se de lição que é proferida no âmbito do processo administrativo fiscal e na execução fiscal, mas que entendemos aqui aplicável.

Sem embargo, tal como adverte Nicolò Trocker[1496], há uma tendência, em vários ordenamentos, de garantir a efetividade da tutela jurisdicional sem prejuízo da qualidade do tratamento que deve ser dispensado à causa. O objetivo, segundo o mesmo autor, é por vezes alcançado a partir de uma flexibilização das estruturas processuais em função das especificidades de cada caso concreto.[1497]

É dentro deste contexto que se alcança o ponto no trabalho em que se discute a possibilidade de o juiz alterar a distribuição fixa de ônus da prova, de modo a adequá-la às especificidades do caso concreto.[1498] Trata-se do tema da dinamização do ônus da prova.

O tema em tela, entretanto, para longe está de ser novo. Como já visto, um dos diferentes critérios de distribuição geral de ônus da prova, proposto por Jeremy Bentham[1499], vai no sentido de que o ônus da prova no processo deve ser distribuído segundo a facilidade da prova.

Sem embargo, historicamente, o critério em tela sofreu severas críticas por parcela importante da doutrina. Por exemplo, Carlo Lessona[1500], em crítica direta à Jeremy Bentham, adota o entendimento segundo o qual saber no caso concreto qual das partes tem melhores condições de provar nem sempre é tarefa fácil; ainda na visão do mesmo autor, conferir ao juiz a possibilidade de escolher qual das partes tem o ônus de provar, para além de arbitrário, poderia levar a uma violação da justiça e da igualdade.

Também Michele Taruffo[1501], em forte tom crítico ao critério da facilidade da prova para distribuição do ônus da prova, assim aduz:

> É também fraca a justificava que se funda na maior 'proximidade' de uma parte ao meio de prova e, portanto, na necessidade de facilitar a produção dessa prova. Essa argumentação poderia parecer epistemicamente válida, visto que visa a favorecer a produção da prova em juízo. Na verdade, essa

---

[1496] TROCKER, Nicolò. Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzaz de Calamandrei y las reformas procesales en Europa. **TEORDER**, n. 77, p. 106–130, 2010. p. 113.
[1497] *Ibid*.
[1498] Como esclarece Luigi Paolo Comoglio sobre o entendimento atual a respeito do devido processo legal: "Il *due processo of law* non è clausola dal contenuto prefissato e rigido in astratto, ma, al contrario, contiene aperture flessibili per una verifica concreta, caso per caso, della *fairness* di ciascun procedimento" (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa, cit., p. 110).
[1499] Segundo assinala o autor: "The obligation to furnish the evidence ought, in every case, to be laid on the party who can fulfill it with least inconvenience, that is, with least delay, expense, and vexation". (BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, cit., p. 257 e ss).
[1500] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, cit., p. 177.
[1501] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 267.

> incrementa a possibilidade de que o juízo final sobre o fato seja formulado com base na prova, ao invés de que em sua ausência, mas esse escopo é perseguido de modo errado e excessivo. Para realizá-lo, de fato, não é necessário manipular os ônus probatórios: é suficiente prever um dever de disclosure, com sanções adequadas, com base no qual cada parte deva produzir todas as provas relevantes que possuir ou de que dispuser, nisso incluídas as provas que para aquela parte produziriam efeitos desfavoráveis.

Seja como for, o CPC/1973, que regulava a distribuição fixa do ônus da prova de forma semelhante ao do atual, não previa expressamente a possibilidade de o juiz dinamizar o ônus da prova.[1502]

Obedecia, por conseguinte, a uma previsão estática e rígida, a qual, no fundo, constituía uma postura legislativa que tinha por objetivo precípuo garantir a segurança jurídica.[1503]

Parcela da doutrina brasileira, fortemente influenciada sobretudo pela doutrina do argentino Jorge W. Peyrano[1504], passaria assim a defender a relativização do ônus da prova no processo civil antes mesmo do CPC/2015[1505], o que, inclusive, alcançou a prática judicial.[1506]

Nessa última hipótese, esclarece Antonio Janyr Dall'Agnol Jr[1507] que o juiz deveria, no caso concreto, proceder ao controle de constitucionalidade difuso, sob pena, na visão do autor, de o afastamento da regra do art. 333 do CPC/1973 ser metodologicamente equivocado.[1508]

[1502] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 93.
[1503] *Ibid*., p. 95.
[1504] Sobre o tema, esclarece o autor que: "Luego, la doctrina que nos ocupa fue objeto de un verdadero espaldarazo científico en el curso del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal donde, entre otras cosas, se declaró lo siguiente: 'La temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquéllas arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva' (PEYRANO, Jorge W. De la igualdad probatoria formal a la real. **Revista de Processo**, v. 1, p.139-151, jan-jun, 2015. p. 4-versão digital).
[1505] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 104.
[1506] DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, 280, ano 48, p. 5–20, fev./2001. p. 14.
[1507] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 143.
[1508] Tratava-se à época, sem sombra de dúvida, de tema polêmico. Para Eduardo Cambi, ainda no advento do CPC/1973: "(...) não há razão para se supor que as técnicas de facilitação da produção da prova, incluindo a da inversão do *ônus probandi*, devam se dar somente quando haja *previsão legal.* (...)

Inclusive, alguns autores, antes mesmo do atual diploma, defendiam a dinamização do ônus da prova especificamente em processos nos quais a fazenda pública fosse parte, como é o caso de Heraldo Garcia Vitta[1509], Fernando Gama de Miranda Netto[1510], Sandra Aparecida Sá dos Santos[1511] e Durval Carneiro Neto[1512].

Com o advento do CPC/2015, foi positivada expressamente regra geral de dinamização do ônus da prova no processo civil. Disciplina nessa toada o art. 373, §1°, do CPC, que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* (regra fixa) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Acresce ainda o §2° do art. 373 do CPC que a decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Note-se que a dinamização do ônus da prova acima prevista pode ter relevante aplicação no processo judicial envolvendo atos administrativos, haja vista, tal como esclarece Demian Guedes[1513], que a partir da aplicação da presunção de veracidade, ao atingido pelo ato administrativo caberá provar como regra a inocorrência de um fato, o que nem sempre é tarefa fácil.[1514]

Portanto, a dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada vincula o juiz que pode, diante das circunstâncias presentes no caso concreto, não ignorando o ônus diabólico criado a uma das partes, mesmo sem previsão legal, distribuir, mediante critérios racionais sempre justificados, as cargas dinâmicas das provas entre os litigantes" (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 231).

[1509] VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**, cit., p. 109 e 110.

[1510] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 204 e ss.

[1511] SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98.

[1512] DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 301 e ss.

[1513] GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia - Uma reavaliação da presunção de veracidade**, cit., p. 94.

[1514] Sem embargo, que fique claro, a princípio, que é plenamente possível a prova de fatos negativos, inclusive por meio do respectivo fato positivo. O que não se pode provar são aqueles enunciados de fato que absolutamente não se localizam no tempo e espaço, sejam eles afirmações ou negações, conforme bem aprofundado em BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal**, cit., p. 21 e ss; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 173 e ss; PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale - Collana Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti**, cit., p. 4; ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 80 e

Seja como for, do dispositivo mencionado, percebe-se que a dinamização do ônus da prova no processo civil não importa na conclusão de que inexistem regras de ônus probatório previstas em lei.[1515] Pelo contrário, dinamizar pressupõe a existência de regras de ônus da prova previstas anteriormente.[1516] A dinamização do ônus da prova, portanto, deve ser vista como mecanismo processual excepcional e somente utilizada no caso concreto em que não seja possível aplicar outro regramento.[1517]

De outro lado, convém consignar que a dinamização do ônus da prova não se confunde com o *ônus da prova dinâmico*, já que, neste último caso, o ônus da prova será sempre fixado pelo juiz no caso concreto.[1518] Daí também, novamente, a razão de se afirmar que a dinamização do ônus da prova, tal como prevista no art. 373, §1°, do CPC, não deve ser utilizada como regra no processo.[1519]

Da mesma forma, a dinamização do ônus da prova não implica afirmar que, uma vez utilizada no processo, o encargo de prova de todos enunciados fáticos objeto de discussão é transferido automaticamente a uma das partes.[1520] Ao contrário, serão selecionados pelo juiz as hipóteses fáticas cujo encargo da prova será transferido a uma das partes, observados os requisitos legais.[1521]

A leitura do art. 373, §§1° e 2°, do CPC, revela que são os seguintes requisitos para a regular dinamização do ônus da prova: (i) justifica a dinamização do ônus da prova a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; (ii) deve ser dada à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do ônus da prova; (iii) a decisão que

---

81; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil - Vol II : processo de conhecimento**, cit., p. 193 e 194.

[1515] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 141.

[1516] *Ibid*.

[1517] No sentido da excepcionalidade do uso da dinamização do ônus da prova: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova, *in*: **Processo Civil - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral**, São Paulo: Atlas, 2012. p. 382; GODINHO, Robson Renault. A Distribuição do Ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ**, v. 10, n° 38, 2007. p. 280; PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo código de processo civil, cit., p. 237; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**, Birigui: Boreal, 2016. p. 20.

[1518] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 141.

[1519] *Ibid*., p. 170.

[1520] PEYRANO, Jorge W. De la igualdad probatoria formal a la real, cit., p. 6-versão digital

[1521] *Ibid*.

dinamiza o ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo deve ser relacionada com o *standard* de prova exigido[1522] e, exemplificativamente, remete à ideia de desconhecimento, distanciamento ou deficiência técnica, para a prova de um enunciado fático, daquele sobre o qual recai o ônus de provar.[1523]

Nesse caso, não é qualquer disparidade de condições probatórias que justificará a dinamização do ônus da prova.[1524] Ou seja, a simples dificuldade na produção de uma prova não é motivo suficiente para permitir a utilização da técnica da dinamização.[1525]

Nada obstante, muito embora a redação literal do dispositivo em tela leve a crer que os requisitos de dificuldade ou facilidade na obtenção da prova são alternativos, a questão é mais complexa. Como analisam Ferreira[1526], Carpes[1527] e Puoli[1528], a dificuldade de uma parte e a facilidade de outra na realização da prova devem ser analisadas conjuntamente e cumulativamente, sob pena de violação à isonomia processual.

De outro lado, quanto ao momento processual, tem convergido a doutrina para o entendimento de que a decisão saneadora é o melhor momento para o magistrado decidir sobre a dinamização do ônus da prova[1529], salientando-se a advertência de William Santos Ferreira[1530] no sentido de que nem sempre a decisão saneadora será o melhor momento processual, já que é na fase instrutória que muito provavelmente se evidenciarão a necessidade e os requisitos para a dinamização do ônus da prova.

De todo modo, mesmo para os autores que entendem que a decisão saneadora é a etapa correta, nada impede que a dinamização ocorra após o aludido momento processual, desde que presentes os requisitos necessários para tanto.[1531] Uma vez

---

[1522] REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, cit., p. 350.
[1523] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 119.
[1524] REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, cit., p. 350.
[1525] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 174.
[1526] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 1007 e 1008.
[1527] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 119.
[1528] PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo código de processo civil, cit., p. 240.
[1529] Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 200; CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 171 a 176.
[1530] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 1010 e 1011.
[1531] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 200.

decidido o juiz pela dinamização, deve ainda se permitir que a parte onerada se desincumba do ônus da prova atribuído, conforme o próprio texto legal.

Por fim, o diploma processual exige que a dinamização do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. A grande questão que surge no ponto é sobre qual das partes assumirá o ônus da prova na hipótese em que a prova seja impossível ou muito difícil para ambas as partes.

De um lado, poder-se-ia afirmar que não se deve proceder à dinamização do ônus da prova, mas sim reduzir o *standard* probatório ou modelo de constatação aplicável, ou seja, reduzir a maior ou menor suficiência probatória exigida no processo.[1532]

Todavia, o problema da solução é que, no processo civil, por vezes o *standard* probatório padrão, muito embora não necessariamente o único, já é o mínimo e, portanto, não pode ser reduzido.[1533]

De outro lado, entende Gerhard Walter[1534] pela necessidade também de se verificar se há na situação controvertida algum dever, previsto no plano material, que regule o caso concreto e que não foi observado por uma das partes.

O mesmo autor apresenta o seguinte exemplo, em que há violação do dever de informação pelo fabricante ao consumidor:

> Un peluquero tiene que abandonar su profesión por ser alérgico a un tónico para el cabello. La firma fabricante (=demandada) había hecho la advertencia de que el tónico podía provocar alergias pelo solo en los encases destinados a los consumidores, y no en los destinado a los peluqueros. Demandada por el lucro cesante, la firma fabricante sostiene que el demandante de cualquier manera no habría prestado atención a esa advertencia.[1535]

Daí o porquê de se entender que, nesse caso, o ônus será atribuído em desfavor daquela parte que não observou a norma de prevenção ou de proteção, dado que, ao fim e ao cabo, assumiu o risco de produzir o dano, ou seja, assumiu o "risco da

---

[1532] WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 164.
[1533] Nas palavras de Artur Thompsen Carpes: "A fixação em modelo de constatação mais rarefeito que o da *preponderância de provas* nos processos em que instrumentam demandas cíveis comuns é rigorosamente inadmissível" (CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**, cit., p. 65).
[1534] WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 238 e ss.
[1535] *Ibid*., p. 241.

inesclarecibilidade".[1536] Todavia, nesse caso, convém ressaltar que a ausência de observância da norma deve ser comprovada no processo.[1537]

Como exemplo prático, Gerhard Walter[1538] apresenta a seguinte situação:

> La muerte de este se debió a un ahogamiento por inmersión en una zona de profundidad peligrosa para los que no saben nadar (por la falta de vallado) o bien a un repentino colapso cardíaco o circulatorio. La infracción a un deber empeoró también aquí típicamente y de un modo sensible la posición probatoria. El riesgo de la inesclarecibilidad tiene que ser soportado aquí plenamente por el infractor, o sea que es él quien tiene que soportar la carga de la prueba de que la falta de vallado no fue la causa del accidente fatal. (…) La inesclarecibilidad es aquí una consecuencia típica de la violación del deber, consecuencia que por justicia tiene que soportar el incumplidor.

Adota-se no estudo tal critério, pois parte-se do pressuposto de que quem assume o "risco da inesclarecibilidade" também assume o risco relativamente à dificuldade de sua prova no processo.[1539]

Enfim, à guisa de conclusão ao tópico, percebe-se que a dinamização do ônus da prova, agora com previsão expressa no CPC/2015, constitui importante mecanismo processual, embora excepcional, para suavizar a aplicação da presunção de veracidade do ato administrativo no processo judicial.

6.6.2.10. A presunção de veracidade do ato administrativo deve ser utilizada como último mecanismo no processo

Como já visto anteriormente, o presente estudo trata as presunções legais relativas, a exemplo da presunção de veracidade do ato administrativo, como regra especial de ônus da prova.

Naturalmente, a instrução é a fase do processo que por vezes tem maior peso sobre sua duração[1540], sem perder de vista ainda os custos para a produção de uma prova, notadamente as periciais.

Em um cenário de alto volume de processos como é o caso brasileiro, por questões ideológicas, notadamente aquelas atinentes à duração e ao custo do processo,

---

[1536] Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, v. 3, n. 5, p. 188–201, 2005. p. 193 e 194; CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 244; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 178; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 132; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de processo civil comentado**, cit., p. 636.
[1537] WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**, cit., p. 241.
[1538] *Ibid*., p. 253.
[1539] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 244 e 245.
[1540] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol II - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, cit., p. 33.

nada impede a produção de provas seja cada vez mais deixada ao lado, com vistas a solução mais célere e econômica de um processo.[1541]

Deste modo, com o objetivo de se gerenciar o volume de processos, corre-se o risco de haver substituição de uma adequada instrução pelo uso das regras de ônus da prova e presunções legais, as quais, ao fim e ao cabo, são aplicadas com muito mais facilidade e menos custo do que o esclarecimento das questões fáticas por meio das provas.[1542-1543]

No entanto, na esteira do que pondera Nicolò Trocker[1544], a diminuição de custos do processo e a necessidade de que os casos sejam rapidamente solucionados

---

[1541] Como assinala Michele Taruffo: "o valor da verdade no contexto da administração justiça é frequentemente negado por razões ideológicas, que dizem respeito ao modo com que são concebidas a natureza e a função do processo" (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 131). Ainda na esteira de Paolo Comoglio: "Ma non è, ovviamente, solo una questione di preferenze o di mode. In effetti, i problemi del diritto probatorio sono molti e tutti con significative implicazioni culturali e ideologiche. È quasi banale ricordare il problema della definizione della prova e della sua funzione, oscillante fra persuasione e dimostrazione" (COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**, Torino: Giappichelli Editore, 2018. p. 5). Por fim, sobre o tema, convém ainda transcrever o ensinamento de William Santos Ferreira e Lírio Hoffmann Júnior: "Não se pode perder de vista que a legitimidade de um sistema processual que se intitule de matriz constitucional deve prezar pela qualidade das decisões judiciais, valor que se encontra em pé de igualdade com a celeridade e a tempestividade da tutela jurisdicional. Infelizmente, a ânsia pelo enfrentamento da colossal massa de processos que orbitam os tribunais tem comprometido com grande impacto a aptidão prática das decisões judiciais, fato que embaraça não apenas a construção de um conceito adequado de 'decisão justa' – pressuposta de definição plurissignificativa – como colabora para o retardamento da resolução definitiva e material dos conflitos" (FERREIRA, William Santos; HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. Por uma nova oralidade no processo civil: cooperação judiciária, eficiência e sincronicidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n.1, p. 1512–1553, janeiro/abril, 2022. p. 1517).

[1542] Inclusive, em artigo dedicado ao tema, Giovanni Verde denomina de "presunzioni giurisprudenziali" a técnica em que juízes cristalizam raciocínios sobre questões de fato de acordo com modelos preconcebidos, o que leva ao abandono da investigação dos fatos por caminhos mais fáceis e menos confiáveis em relação ao resultado probatório (VERDE, Giovanni. Le presunzioni giurisprudenziali [Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova]. **Il Foro Italiano**, v. 94, N° 11, p. 177/192, 1971).

[1543] Com isso não se quer afirmar que a prova não pode ser discutida em conjunto com o problema da razoável duração dos processos. Como exemplo de hipótese em que o direito probatório é discutido com a razoável duração dos processos, tem-se a discussão de Luigi Paolo Comoglio sobre a necessidade da facilitação da cooperação das partes no estabelecimento dos temas probatórios do processo e questões decisórias, como ocorre com mais frequência na tradição jurídica anglo-americana (COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, v. 151, p. 72–98, set./2007. p. 4-versão on-line).

[1544] Dada a importância do tema, vale citar trecho da obra do autor: "Modern concerns to use proportionate resources and to deal with cases (speedily) within 'reasonable' time should not, and cannot, be pursued to the detriment of substantially correct outcomes. In the European Courts' refinement of the right of access to justice a crucial role is played by the right to have access to information and evidence. (…) But how do we grant a party to a dispute resolution proceeding access to information and evidence which is in the control of its opponent in the proceeding or under the control of third parties who are not involved in the proceedings at all? The European codes of civil procedure of the 19th century strictly adhered to the principle nemo tenetur edere contra se, i.e. the principle that no party has to help her opponent in his/her inquiry into the facts. (…) More recently, however, the idea has gained ground, gradually and not without difficulty, that if the proceeding is to get as close as possible to the truth

não podem ser objetivos perseguidos em detrimento de resultados substancialmente corretos.

Deste modo, constituindo uma regra especial de ônus da prova, deve-se ao máximo evitar a aplicação da presunção de veracidade do ato administrativo no caso concreto.[1545] E ao menos por uma razão: as presunções legais relativas, por serem normas jurídicas que exprimem condutas, não podem ser tratadas como descrição ou uma hipótese da realidade.[1546] Tal como sublinha Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[1547]: "não é de presunções que vive o direito, mas de realidade tangíveis nas relações jurídicas".

Ou seja, muito embora as regras de ônus da prova, tais como as presunções legais relativas, sejam relevantes para colocar termo ao processo, não tem por finalidade esclarecer a questão fática debatida no processo.[1548]

Pondera nessa mesma toada Chaïm Perelman[1549], assinalando que as presunções legais não proporcionam no processo elementos de prova. E acresce ainda Marina Gascón Abellán[1550] que as presunções legais de natureza relativa não cumprem uma das garantias da verdade, qual seja, a de que é necessário prova para poder se afirmar um enunciado fático como verdadeiro.

É dizer: as presunções legais relativas não diminuem os erros probatórios cometidos ao longo do processo. Pelo contrário, sublinha Larry Laudan[1551] que as regras de ônus da prova objetivam redistribuir os erros entre as partes na hipótese em que

---

concerning the litigated issues, it must rely on techniques through which each party can have access to relevant items of evidence not in its possession (TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a european perspective of modern procedural challenges. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 216, p. 18-76, mar-abr/2021, 2021. p. 9).

[1545] Embora sem mencionar a presunção de veracidade do ato administrativo, Jorge W. Peyrano tem lição clara sobre a regra de ônus da prova ser aplicada em último caso, conforme o seguinte trecho: "Y tal incertidumbre justifica ampliamente que deba estimarse a la solución obtenida con la alegación de la regla de la carga de la prueba como residual, in extremis y casi, diríamos, hasta gobernada por la máxima de que en la duda su aplicación no procedería; debiendo, pues, el órgano jurisdiccional ponderar más concienzudamente la prueba producida de modo tal de verificar si, efectivamente, no se demostró lo que se debía demostrar" (PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. **Revista de Processo**, v. 185, p. 107–116, jul./2010. p. 3-versão digital).

[1546] Nesse sentido : WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 51; ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 138.

[1547] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Atos administrativos**, cit., p. 33.

[1548] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**, cit., p. 61.

[1549] PERELMAN, Chaïm. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, cit., p. 340.

[1550] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 145.

[1551] LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**, cit., p. 29.

verificada a insuficiência probatória. Funcionam, portanto, como uma forma de realocar os riscos da prova, apontando qual parte será a perdedora em virtude da insuficiência probatória.[1552]

Dentro de uma linha seguida pelo trabalho de valorização da busca pela verdade, deve-se conceber o processo judicial voltado, na maior medida possível, à completude do material probatório.[1553-1554]

Por conseguinte, valoriza-se ao máximo a atividade instrutória antes que a regra de ônus da prova seja aplicada no processo para regular a insuficiência probatória. Em outras palavras, as regras de ônus da prova, aí incluídas as presunções legais relativas, devem ser concebidas como a última opção disponível ao juiz.[1555]

Percebe-se, nesse contexto de se evitar a aplicação das presunções legais relativas, que assume importante função o art. 438, *caput* e incisos I e II, do CPC, no sentido de que o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.

Em suma, afirma-se que a presunção de veracidade do ato administrativo somente tem aplicação depois de devidamente realizada a instrução. Constatada, portanto, a insuficiência probatória é que se deve proceder à aplicação das regras de ônus da prova, entre elas, a presunção de veracidade do ato administrativo.

[1552] Nesse sentido: ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. International Journal of Evidence and Proof, cit., p. 5; PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema, cit., p. 2-versão digital.

[1553] RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**, cit., p. 46.

[1554] Como defende Eduardo Cambi: "as regras de distribuição dos ônus da prova são subsidiária, não devendo ser aplicadas quando existe a possibilidade do fato vir a ser conhecido pelo juiz" (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 247). É semelhante o vaticínio de Luís Alberto Reichelt: "Pelo prisma do direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva, impõe-se conjugar a *vedação* ao órgão jurisdicional com a existência de uma *autorização* que lhe é outorgada para casos excepcionais. É nesse sentido que se justifica falar que o julgador, ainda que em estado de dúvida, ainda assim deve firmar posição, e, para tanto, deve lançar mão de critérios racionais previamente estabelecidos no ordenamento jurídico" (REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**, cit., p. 340).

[1555] Tal conclusão já foi defendida em FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione, cit., p. 471. Nesse sentido também Cândido Rangel Dinamarco: "a regra de julgamento exerce uma *função subsidiária* no sistema, só se cogitando dela quando restar no processo um *vazio probatório* (...)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 93). Igualmente é o entendimiento de Roland Arazi: "En nuestra opinión el juez tiene que agotar todos los medios para estar en claro acerca de los hechos alegados por las partes, utilizando las facultades que le otorga la ley procesal a tal fin" (ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**, cit., p. 104).

6.6.2.11. Conclusão: a presunção de veracidade do ato administrativo tem pouco espaço no processo judicial

O estudo trata a presunção de veracidade do ato administrativo como decorrência lógica da presunção de legitimidade. Constitui, ainda, uma regra especial de ônus da prova, no sentido de que se presumem relativamente ocorridos como regra os motivos de fato do ato administrativo.

À vista disso, ao fim e ao cabo, o que se observa é que a presunção de veracidade do ato administrativo, embora existente e válida no ordenamento, tem pouca aplicação no processo judicial.

A uma, porque a administração pública tem o dever de produzir provas por ocasião do processo administrativo. Daí disso se concluir que: (i) caso não cumpra o seu dever de instruir o processo administrativo, o ato administrativo restará viciado, não se permitindo, como regra, que a administração pública supra a instrução que devia ter realizado por ocasião do processo judicial; (ii) caso cumpra o seu dever, a administração pública já produziu a prova, a qual, observados os requisitos do art. 372 do CPC, poderá aportar no processo judicial como prova emprestada, sendo capaz, inclusive, de ser suficiente para esclarecer a questão fática controvertida, a depender do caso concreto.

A duas, porque o próprio art. 373, §1°, do CPC autoriza o juiz a atribuir o ônus da prova de modo diverso ao já fixado em lei naquelas hipóteses em que se visualize peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo conforme as regras fixas ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, nada impedindo, portanto, que respeitados os requisitos em tela, o juiz redistribua o ônus para a fazenda pública.

A três, porque a presunção de veracidade do ato administrativo, como regra especial de ônus da prova que nada esclarece sobre as questões fáticas discutidas no processo, deve servir apenas como última opção ao magistrado, após esgotadas as chances de tornar frutífera a instrução probatória.

Por tais razões, portanto, é que, conquanto concordemos com a existência e validade da presunção de veracidade do ato administrativo fruto da própria presunção de legitimidade, vê-se que, em termos teóricos e mesmo práticos, a presunção em tela sofre severas restrições em sua aplicação no processo civil.

6.7. Separação dos poderes e o problema da discricionariedade em matéria técnica e o controle jurisdicional por meio da produção de prova periciais

O capítulo tem por finalidade tratar da discricionariedade em matéria técnica e o controle jurisdicional por meio da produção de prova pericial.

Para tanto, o capítulo é dividido em três partes: uma primeira parte, em que serão lançadas considerações iniciais sobre a competência discricionária administrativa de modo geral; uma segunda parte, em que se examina a existência ou não de uma discricionariedade administrativa de natureza técnica; e uma terceira parte, em que se discute propriamente a produção de prova pericial em processo judicial no qual se examina competências discricionárias em matéria técnica.

6.7.1. Considerações gerais sobre a competência discricionária administrativa e controle jurisdicional

Adentra-se no tópico ao estudo do complexo âmbito das competências discricionárias e vinculadas no Direito Administrativo e seu controle judicial. Constitui tema do Direito Administrativo que, muito embora discutido até hoje, remonta ao próprio início desta ciência jurídica, como recorda Eduardo García de Enterría.[1556]

A doutrina administrativista apresenta sentidos à definição de competência discricionária que se aproximam. Por exemplo, aduz Renato Alessi[1557] que a discricionariedade se refere: "(...) a la imprecisión de los limites dados a la potestad de acción conferida, de manera que permita una esfera de apreciación de la oportunidad de la acción en relación con el interés público".

De modo semelhante, pondera Harmut Maurer[1558] sobre a competência discricionária que: "Existe discrecionalidad cuando la administración, ante la realización de un supuesto de hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar".

Também em esteira parecida esclarece René Chapus[1559] que : "le pouvoir discrétionnaire des autorités administrative n'est rien d'autre que le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité".

[1556] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**, 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 31.
[1557] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 189.
[1558] MAURER, Harmut. **Derecho administrativo alemán**, cit., p. 132.
[1559] CHAPUS, René. **Droit administratif général tome 1**, 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1056.

Fritz Fleiner[1560] , por sua vez, afirma que: "por el poder discrecional que le ha otorgado el legislador, la autoridad administrativa ha de determinar cómo pertinente, entre las varias posibilidades de solución, aquella que mejor responde en el caso concreto a la intención de la ley".

Por fim, sublinha Celso Antônio Bandeira Mello[1561] que tem lugar a atuação discricionária da administração:

> (...) quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhes, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

As mais diversas concepções de discricionariedade administrativa acima, de fato, são similares em sua construção. No entanto, algumas correntes acabam por aproximar a discricionariedade administrativa da interpretação jurídica e, dentro desse contexto, aproximar ainda a discricionariedade com a proposta de "moldura normativa" idealizada por Hans Kelsen.[1562]

Sem embargo, assimilar a discricionariedade e a interpretação jurídica tem consequência importante: a conclusão de que alguns conceitos jurídicos previstos no ordenamento, notadamente por serem imprecisos ou vagos, seriam livremente interpretáveis pela administração pública[1563]

[1560] FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo - traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin**, cit., p. 117.

[1561] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 9.

[1562] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 125; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, São Paulo: Elsevier, 2009. p. 39 e 58. Com efeito, a proposta de Hans Kelsen, notadamente em sua Teoria Pura do Direito, é a de que, dentro de um escalonamento de normas, a norma jurídica superior estabelece uma moldura normativa a ser preenchida pela norma jurídica de escalão inferior. Segundo ainda assinala o autor austríaco: "o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar (...)". A moldura, segundo ainda afirma Hans Kelsen, não vincula em todas as direção o ato por meio do qual é aplicada. Conclui assim o autor que: "tem sempre que ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato" Ou seja, a partir da ideia de moldura normativa, não há a princípio uma única interpretação jurídica, mas tantas quantas forem possíveis encaixar na moldura normativa. Caberá ao órgão aplicador do Direito escolher aquela interpretação jurídica, dentro da moldura normativa, que entender adequada segundo um ato de vontade próprio (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 388 e ss).

[1563] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 125.

No entanto, como asseveram Maria Sylvia Zanella di Pietro[1564], Luis Manuel Fonseca Pires[1565] e Leonardo Carneiro da Cunha[1566], a competência discricionária não se refere necessariamente à existência de diversidade de intelecções na interpretação do Direito ou a zona de incerteza deixada de uma norma para outra.

De fato, como assinala Riccardo Guastini[1567], o jurista, ao interpretar o ordenamento, nem sempre se satisfaz com a clareza dos enunciados normativos. Até o enunciado normativo mais claro, na visão do intérprete, pode conter lacunas ou imprecisões. No fundo, a existência de controvérsia interpretativa é própria da ciência jurídica, que não consegue alcançar resultados exatos ou absolutos.[1568]

Por conseguinte, a competência discricionária não se refere propriamente à diversidade ou à divergência de intelecções na interpretação do Direito, mas sim se caracteriza pela existência de pluralidade de decisões à disposição da administração pública, todas consideradas legítimas, de acordo com as balizas da norma de competência.[1569] A atuação discricionária, portanto, somente tem lugar depois do momento interpretativo do Direito[1570], de modo que não há intepretação jurídica que possa ser realizada de modo exclusivo pela administração pública.[1571]

De todo modo, percebe-se que não é o ato administrativo que é propriamente discricionário, embora seja comum no cotidiano a expressão *atos administrativos discricionários*. Ao revés, a discricionariedade, nas palavras de Eva Desdentado Daroca[1572], é um *modus operandi*, ou seja, uma determinada forma de operar da administração pública. Daí o porquê de Celso Antônio Bandeira de Mello[1573] concluir

---

[1564] *Ibid*., p. 127.
[1565] PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 147.
[1566] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Controle judicial do poder discricionário. **Revista de Processo**, v. 3, p. 32–45, nov./2012. p. 4-versão digital.
[1567] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas - Trad. de Edson Bini**, cit., p. 150.
[1568] PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 147;
[1569] Nesse sentido: *Ibid*; DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial**, 2. ed. Madrid: Editorial Aranzadi, 1999. p. 71; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos. **Revista de Processo**, v. 99, p. 151-160, jul-set, 2000. p. 4 e 5.
[1570] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 127; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Controle judicial do poder discricionário, cit., p. 4-versão digital.
[1571] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**, cit., p. 136 e 137.
[1572] DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial**, cit., p. 71.
[1573] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 434.

que "a dicção 'ato discricionário', só pode ser tolerada como uma forma elíptica de 'ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discrição'".

Do conceito apontado, percebe-se que a discricionariedade administrativa pode se localizar tanto na hipótese de incidência da norma, caso em que a lei descreve uma situação fática e deixa margem de escolha à administração; quanto no comando da norma, hipótese em que a lei confere à administração margem de escolha, seja para expedir ou não o ato, seja para escolher a forma jurídica do ato, seja ainda para escolher a medida mais satisfatória.[1574] Nada impede, inclusive, que o ordenamento franqueie à administração margem de escolha concomitantemente na hipótese de incidência, como no comando normativo.[1575]

As justificativas para a adoção de uma atuação discricionária conferida pelo ordenamento à administração são múltiplas.[1576] Por exemplo, aponta-se na doutrina: (i) que o legislador não pode prever as infinitas situações fáticas que demandam a atuação da administração pública[1577]; (ii) que a administração pública possui mais experiência que o legislador para tomar decisões no caso concreto;[1578] (iii) que a discricionariedade tem razão de ser para melhor atender às peculiaridades do caso concreto.[1579]

Seja como for, a análise da competência discricionária não se limita ao exame abstrato do Direito e deve sempre ser feita segundo as circunstâncias fáticas que se apresentem em cada caso concreto.[1580] Inclusive, tal como esclarece Luis Manuel

---

[1574] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, cit., p. 19.

[1575] Nesse sentido: VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 24; ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 189.

[1576] Veja que Guido Zanobini considera a atuação discricionária própria da função administrativa e não das demais. Segundo o autor italiano: "La discrezionalità è tipicamente propria della funzione amministrativa. L'espressione indica una limita libertà di scelta e di decisione nel prendere i provvedimenti propri di una data funzione. Nella funzione legislativa, che è volontà primaria e indipendente, la detta libertà, sebbene non priva do limiti anche giuridici, è amplissima; viceversa, nella funzione giurisdizionale essa, como regola, manca interamente, perché il giudice non compie un proprio atto di volontà, ma si limita ad applicare la volontà della legge al caso concreto". E conclui o autor inclusive que: "Nella funzione amministrativa, invece, la discrezionalità costituisce la regola, perché tale funzione dà luogo ad un'attività prevalentemente volitiva, diretta ad adottare, volta per volta, i provvedimenti più utili alle varie situazioni di fatto" (ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo - Volume Primo: principi generali**, 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947. p. 12).

[1577] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 6.

[1578] FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo - traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin**, cit., p. 117.

[1579] Nesse sentido: WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 33; MAURER, Harmut. **Derecho administrativo alemán**, cit., p. 136.

[1580] Na esteira de Guido Zanobini, a competência discricionária deve visar a adoção das medidas mais úteis para as diversas situações fáticas (ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo - Volume Primo: principi generali**, 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947. p. 12). Também no sentido de

Fonseca Pires[1581]: "O caso concreto pode revelar que só há uma opção que representa a efetiva concretização do interesse público".

Um dos temas mais espinhosos do Direito Administrativo é o problema da revisão jurisdicional em torno dos atos expedidos sob a competência discricionária.[1582] De fato, grande parcela da doutrina brasileira, influenciada pela doutrina italiana, passou a relacionar a competência discricionária com o mérito do ato administrativo, para daí concluir pela impossibilidade de o Poder Judiciário exercer controle judicial sobre os critérios de oportunidade e conveniência utilizados pela administração pública sob a competência discricionária.[1583]

O problema em tela foi trazido, entre outros importantes autores no Direito brasileiro, por Seabra Fagundes[1584], no seguinte sentido:

> O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. (...) Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acasos feridos por ele.

O raciocínio de Seabra Fagundes é defendido de modo semelhante em uma série de autores administrativistas brasileiros, com destaque para José Cretella Júnior[1585], que assim aduz em sua obra: "Se, porém, o ato administrativo é *inoportuno* ou *inconveniente*, nada pode fazer o prejudicado, sendo inoperante sua solicitação ao Poder Judiciário para que ajuste o ato aos interesses do administrado".

Também se destaca o posicionamento de Caio Tácito[1586], que assim pondera: "a *oportunidade* do ato poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria administração; em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário (...)".

Veja que se trata de ponto delicado entre os planos material e processual, ao menos na atual configuração do ordenamento brasileiro, pois, como colocado no trabalho, o próprio conceito de ato administrativo pressupõe a possibilidade de controle

---

que a competência discricionária deve ser feita sempre segundo as circunstâncias fáticas: MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 143.

[1581] PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 217.

[1582] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 7.

[1583] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 130 e ss.

[1584] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, cit., p. 147.

[1585] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 36.

[1586] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 93.

judicial do ato, até porque, no ordenamento brasileiro, preceitua o art. 5°, inciso XXV, da CF que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ao mesmo tempo, no entanto, que também se reconhece um determinado mérito administrativo que o Poder Judiciário não pode intervir, próprio inclusive de um modelo que adota a Separação dos Poderes (art. 2° da CF).

Seja como for, conforme aduz Agustín Gordillo[1587], a competência discricionária ostenta limites jurídicos que, ao fim e ao cabo, permitem o controle judicial de tal atividade.

Há assim historicamente uma tendência de se criar mecanismos que permitam a revisão dos atos administrativos expedidos sob a competência discricionária pelo Poder Judiciário[1588], até porque a competência discricionária no âmbito do ato administrativo não é sinônimo de arbitrariedade.[1589]

Aponta nesse sentido Eva Desdentado Daroca[1590] as seguintes teorias que historicamente demonstram um fortalecimento do controle judicial da atuação discricionária da administração: (i) interpretação judicial como via de controle; (ii) teoria do desvio de finalidade; (iii) controle de coerência interna da decisão; (iv) controle da existência e suficiência dos motivos; (v) controle por meio da teoria dos motivos determinantes; (vi) técnicas de controle judicial por meio da razoabilidade e proporcionalidade.

De tal modo que atualmente se busca uma posição de equilíbrio.[1591] Reconhece-se que o Poder Judiciário pode exercer controle sobre o ato administrativo, inclusive naqueles casos em que o ato foi realizado sob a competência discricionária.[1592] Haja vista que, mesmo nesses casos, o Poder Judiciário pode verificar se a administração pública não ultrapassou os limites da competência discricionária.[1593]

[1587] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, cit., p. 433.
[1588] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 135.
[1589] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, cit., p. 433.
[1590] DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial**, cit., p. 210 a 253.
[1591] Conforme aduz Gustavo Binenbojm: "(...) a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, cit., p. 41).
[1592] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Controle judicial do poder discricionário, cit., p. 6-versão digital.
[1593] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 136. Como nos recorda José Manoel de Arruda Alvim Netto sobre o tema da discricionariedade no âmbito administrativo: "O poder administrativo, portanto, é sempre submisso à realização desta finalidade

Em suma, como afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro[1594] sobre o tema: "não se pode confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade".

6.7.2. Discricionariedade em matéria técnica

No século XIX, com a crescente complexidade da sociedade decorrente das transformações tecnológicas próprias daquela época, abre-se caminho para uma relação entre a ciência e o Direito, notadamente o próprio Direito Administrativo.[1595-1596]

De fato, o Estado contemporâneo, marcadamente social, se consolida ainda mais a partir do desenvolvimento científico.[1597] Resulta disso que o Direito Administrativo passa com mais frequência a incorporar no texto normativo conceitos científicos ou técnicos, os quais exigem conhecimentos específicos para sua análise e aplicação.[1598]

Não se trata de fenômeno exclusivo do Direito Administrativo: também as ciências processuais têm observado cada vez mais que circunstâncias fáticas relevantes para as decisões judiciais podem ser averiguadas a partir de instrumentos científicos, o que tem mudado o panorama das provas periciais e científicas no processo.[1599]

É em tal contexto que surge interessante tema dentro da competência discricionária, que diz respeito à existência ou não de uma discricionariedade de natureza técnica na seara do ato administrativo e sua respectiva prova no processo.[1600]

---

pública. (...) Outro dado relevante para o controle jurisdicional dos atos administrativos, diz respeito à necessária fundamentação do ato administrativo" (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos. **Revista de Processo**, v. 99, p. 151-160, jul-set, 2000. p. 3 e 4-versão digital).

[1594] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 137.

[1595] VIVES, Marc Tarrés. Las normas técnicas en el Derecho Administrativo. **Documentación Administrativa**, n. 265-266, p.151–184, enero-agoso, 2003. p. 152.

[1596] Nesse ponto, embora possa parecer trivial, não se pode confundir o Direito enquanto ciência com a ciência dentro do Direito, ou seja, dos usos jurídicos da ciência, conforme apontado em TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**, cit., p. 62.

[1597] VIVES, Marc Tarrés. Las normas técnicas en el Derecho Administrativo, cit., p. 152 e 153.

[1598] RIBEIRO, Felipe. **Discricionariedade Técnica**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 68 e ss.

[1599] Nesse sentido: HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 78 e 79; TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - monografías Universitas**, cit., p. 89; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Apontamentos sobre a perícia. **Revista de Processo**, v. 23, p. 9-35, jul-set, 1981. p. 9 e 10.

[1600] Vale lembrar que a atuação técnica ou científica da administração pública não diz respeito somente aos atos administrativos, mas também aos atos materiais. Nesse sentido, Fernando Garrido Falla apresenta como exemplo a atividade exercida por um médico agente público quando atende um paciente (FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - volumen II - parte gereral: conclusion**, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. p. 118).

O termo *discricionariedade técnica* surge expressamente na doutrina alemã, embora a teoria por trás tenha sido desenvolvida primeiro na doutrina italiana, para diferenciar *discrezionalità tecnica* e *accertamento tecnico*, conforme o nível de certeza oferecido pela ciência para a definição do conceito utilizado pela administração pública.[1601]

No fundo, a discussão se resume a um conflito gerado em razão da necessidade de se adotar um modelo de administração pública que respeite as instâncias científicas, ao mesmo tempo que não permita a criação de um Estado conduzido por centros decisórios sem legitimidade democrática.[1602] Nas palavras de Flávio José Roman[1603]: "Há um momento de informações e interação entre as esferas políticas e científicas, mas sem que um aspecto elimine o outro".

É nesse contexto que com frequência se afirma na doutrina de Direito Administrativo que há distinção entre a discricionariedade *comum*, que é aquela tratada no capítulo anterior, e a discricionariedade *técnic*a, dado que nesta última a administração pública não se vale simplesmente de critérios de oportunidade e conveniência, mas sim de critérios técnicos e científicos definidos por especialistas.[1604]

No entanto, a distinção sofre críticas de outra parcela da doutrina. Com efeito, Alessi[1605], Aranha Bandeira de Mello[1606], Escola[1607], Fernández[1608] e Paz[1609] concluem que, ao fim e ao cabo, é incorreto se falar em uma discricionariedade de natureza puramente técnica, dado que, no fundo, o que se tem são critérios de conveniência e oportunidade, próprios da discricionariedade comum, mesclados com atribuições da administração pública de natureza técnica.

É também o vaticínio de Cesar A. Guimarães Pereira[1610], que defende a existência apenas de uma discricionariedade comum, sem qualquer peculiaridade que justifique a criação de uma outra expressão. E acrescenta o mesmo autor no sentido de

---

[1601] ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78.
[1602] RIBEIRO, Felipe. **Discricionariedade Técnica**, cit., p. 16.
[1603] ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**, cit., p. 134.
[1604] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 119.
[1605] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 199.
[1606] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 488.
[1607] ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo. Vol I**, cit., p. 161.
[1608] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. **Revista de administración pública**, p. 211–227, 2015. p. 6.
[1609] PAZ, José Carlos Laguna de. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, cit., p. 9.
[1610] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração, cit., p. 261.

que o emprego do termo *discricionariedade técnica* pode levar ao equívoco de que certos juízos técnicos da administração são insindicáveis pelo Poder Judiciário.[1611]

Similar raciocínio é ainda compartilhado por Luis Manuel da Fonseca Pires.[1612] Segundo assevera o autor, as situações fáticas que ensejaram tal discussão ou se caracterizam como simples "apreciação técnica" ou se tratam da discricionariedade administrativa comum, sem regime jurídico peculiar.[1613]

Há ainda autores que defendem inexistir a discricionariedade técnica, como é caso de Regis Oliveira Fernandes[1614], sob o argumento de que "pela técnica apenas se poder chegar a uma única conclusão".

Concordamos que inexiste uma discricionariedade puramente técnica. Quando muito, é possível se falar em uma discricionariedade que pode existir no âmbito da técnica naqueles casos em que se mesclam critérios técnicos e científicos e a conveniência e oportunidade próprias da discricionariedade comum, como visto na doutrina acima.

Ou seja, a discricionariedade em matéria técnica pode surgir naquelas hipóteses em que, na escolha entre as várias alternativas possíveis à disposição da administração pública, há também a necessidade de uma avaliação de natureza técnica ou científica que se deve realizar com base nas regras, conhecimentos e meios fortalecidos pelas diversas ciências.[1615] E isso ocorre notadamente quando o dito conhecimento especializado não apresenta um único caminho a ser seguido em uma dada hipótese.[1616]

Trata-se, no fundo, da discricionariedade comum já tratada na seção anterior, que também pode surgir em matéria técnica, fruto do fato de que, mesmo em termos técnicos ou científicos, nem sempre é possível afirmar que haverá uma única escolha a

---

[1611] *Ibid*.
[1612] PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 231.
[1613] *Ibid*.
[1614] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**, cit., p. 104.
[1615] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 27.
[1616] Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "Os requisitos ou elementos técnicos podem ser de natureza flexível, elásticos, ou, ao contrário, de caráter rígido, precisos. Naquele caso deixam margem à apreciação subjetiva da autoridade administrativa, enquanto nesses estabelecem dados objetivos para seu exame. Então, em um caso a técnica faculta poderes discricionários, enquanto em outro prescreve poderes vinculados" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 488).

ser adotada num caso concreto[1617], o que pode conferir à administração pública certa margem de eleição para diferentes soluções.[1618]

Veja que na gradação do conhecimento, o conhecimento científico é aquele que, nas palavras de Miguel Reale: "obedece a um processo ordenatório da razão, garantindo-nos certa margem de segurança quanto aos resultados, à coerência unitária de seus juízos e a sua adequação ao real".[1619]

Ainda que possa garantir certa margem de segurança em razão dos métodos rígidos que o antecedem, fato é que o conhecimento científico é falível e tem suas limitações.[1620]

De modo inclusive a ilustrar as dificuldades que a ciência sofre na sua evolução, é bastante reproduzida a lição de Karl Popper[1621], no sentido de que uma teoria científica, dadas as limitações de conhecimento do próprio indivíduo, sempre pode vir a ser em última análise falsa. Acresce ainda o mesmo autor que as teorias não podem ser verificadas, mas sim corroboradas, ou seja, as teorias não são descritas como *verdadeiras* ou *falsas*, mas, ao contrário, mais ou menos prováveis.[1622]

Daí o porquê de Karl Popper[1623] afirmar que somente a *refutabilidade* ou *falseabilidade* de uma teoria científica pode ser provada, o que leva a um processo de construção científica interminável, em que novas teorias surgem para refutar a anterior e assim sucessivamente.

Em outras palavras, as discussões científicas nascem com algum problema para o qual se busca apresentar uma solução (teoria).[1624] A solução é, então, criticada, em uma tentativa de eliminação por erro.[1625] O processo de construção científica, então, se renova: a teoria e a crítica dão lugar para novos problemas e assim sucessivamente.[1626]

[1617] A esse respeito, assinalam Gladis E. Midón e Marcelo Sebastián Midón: "el progreso de la ciencia no garantiza siempre la obtención de una verdad inmune de errores, precisamente porque los métodos de investigación se consideran correctos sólo por ser aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico (…)" (MIDÓN, Gladis E. de; MIDÓN, Marcelo S. **Manual de derecho procesal civil**, cit., p. 456).
[1618] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 488.
[1619] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 55.
[1620] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 86.
[1621] POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**, cit., p. 4.
[1622] *Ibid*., p. 248.
[1623] *Ibid*., p. 418.
[1624] POPPER, Karl. **Unended Quest**, New york: Taylor and Francis E-library, 2005. p. 152.
[1625] *Ibid*.
[1626] Nas palavras ainda de Karl Popper: "(...) scientific discussions start with a problem (P_1), to which we offer some sort of tentative solution – a tentative theory (TT); this theory is then criticized, in an attempt

Concorda-se, assim, com Eduardo García de Enterría[1627], quando em sua obra pondera que as discrepâncias, dúvidas e polêmicas constituem a base de cultivo de todo tipo de ciência e instrumento imprescindível de seu desenvolvimento e progresso.

Lição semelhante também é compartilhada por Susan Haack[1628]. Com efeito, conclui a autora que o progresso da ciência é irregular e desigual: ora a ciência avança rápido, ora a ciência avança de modo lento.[1629] Acresce ainda a autora que a ciência é uma atividade humana e, como tal, pode ser falível.[1630] Conclui a autora que conquanto falível, a ciência é uma atividade racional que aspira à verdade (ou ao menos parte dela) do mundo.[1631]

A despeito da já reconhecida falibilidade e das limitações do conhecimento científico, como assinala Michele Taruffo[1632], insiste-se em se criar por vezes uma espécie de "aura mitológica" em torno do conhecimento científico, como se este representasse sempre o conhecimento único, certo e a verdade objetiva em torno de qualquer tipo de acontecimento.

No fundo, como examina Felipe Ribeiro[1633], há inquestionavelmente divergências na comunidade especializada sobre certos conhecimentos científicos ou técnicos, controvérsias essas as quais, ao menos juridicamente, podem resultar na competência discricionária administrativa. O mesmo autor ainda apresenta o seguinte exemplo no âmbito administrativo:

> Imaginemos a construção de uma hidrelétrica em terreno com características técnicas A ou B. Se estudos técnicos apontarem que a construção da referida obra pública, do ponto de vista técnico e jurídico, pode realizar-se em

---

at error elimination (EE); and as in the case of dialectic, this process renews itself; the theory and its critical revision give rise to new problems (P_2)" (Ibid).

[1627] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**, cit., p. 32.

[1628] Conforme o seguinte trecho: "(...) el progreso de la ciencia es irregular y desigual: la ciencia como un todo, o más frecuentemente esta o aquella parte de la ciencia, a veces avanza asombrosamente rápida, a veces avanza extremadamente lento y a veces puede estancarse o incluso retroceder. La ciencia es una empresa humana y, como toda empresa humana, es falible. Sin embargo, es una empresa racional en tanto que aspira a descubrir (alguna parte de) la verdad sobre el mundo y, en el mejor de los casos, lleva a cabo su tarea de manera tal que pueda tener éxito, y algunas veces de hecho lo tiene" (HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**, cit., p. 94).

[1629] *Ibid*.

[1630] *Ibid*.

[1631] *Ibid*.

[1632] TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - monografías Universitas**, cit., p. 90.

[1633] RIBEIRO, Felipe. **Discricionariedade Técnica**, cit., p. 137.

> qualquer dos dois tipos de terreno, restará à Administração a prerrogativa de prolatar uma decisão final em qualquer dos dois sentidos.[1634]

Deste modo, seja uma *discricionariedade técnica,* uma *discricionariedade comum em matéria técnica* ou uma *apreciação técnica*, o que se tem, e é relevante para fins probatórios no processo judicial, é uma competência da administração amparada em argumentos de índole técnica ou científica, mas que, ao fim e ao cabo, não necessariamente apresentará uma única opção disponível no caso concreto, a permitir certa margem de escolha à administração pública, o que pode levar ao problema do controle judicial.

6.7.3. Controle judicial da competência discricionária em matéria técnica e a produção de provas periciais

É nesse complicado cenário de relativa certeza científica que a administração pública pode praticar atos administrativos, a partir de competências que envolvem conhecimentos especializados, os quais eventualmente podem ser questionados no Poder Judiciário justamente em tal aspecto.

São alguns exemplos: (i) anulação de questões em concursos públicos; (ii) questões envolvendo insalubridade e periculosidade na atuação de certos agentes públicos; (iii) questões que demandam conhecimento especializado em políticas públicas; (iv) certas decisões tomadas no âmbito das agências reguladoras.

Como então o Poder Judiciário deve controlar o ato do ponto de vista probatório? Considerando-se o objetivo pretendido, importa aqui discutir repercussões probatórias que a discricionariedade em matéria técnica possa ter no processo civil, notadamente do campo das provas periciais.

Consiste a prova pericial em meio de prova realizado com o auxílio de pessoas distinta do juiz, qualificadas por seus conhecimentos, para a apuração de questões fáticas de natureza técnica ou científica.[1635] A prova pericial, de modo geral, necessita da figura de um perito, que é aquele sujeito que justamente detém a expertise de uma área de conhecimento necessária ao esclarecimento da questão fática.[1636]

A verdade é que, mesmo fora do âmbito da discricionariedade em matéria técnica, a produção, condução e valoração da prova pericial sempre chamaram a atenção

---

[1634] *Ibid*., p. 148.
[1635] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, cit., p. 287.
[1636] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 38.

da doutrina e da jurisprudência. E ao menos por duas razão: o fato de que os conhecimentos do perito não pertencem a chamada "cultura geral"[1637], ao mesmo tempo em que o juiz, que como regra não detém os conhecimentos especializados que o perito possui, deve verificar a correção ou não do trabalho pericial.[1638]

Seja como for, o primeiro ponto a se tratar é sobre a possibilidade de a discricionariedade em matéria técnica afastar ou não a produção de prova pericial no processo judicial. É dizer, tratar sobre a possibilidade ou não de a adoção de uma determinada metodologia ou conhecimento especializado da administração pública impor uma deferência técnico-administrativa que afaste a fiscalização do ato pelo Poder Judiciário sob o aspecto fático.

A deferência técnico-administrativa tem sido utilizada com frequência no Direito Administrativo brasileiro, em especial nas competências da administração que demandam conhecimento técnico e científico em matéria regulatória, fruto de alguns precedentes da Suprema Corte Americana, notadamente os casos *Chevron* e *Auer*.[1639]

No campo do Direito Administrativo, a deferência técnico-administrativa importa reconhecer que o Poder Judiciário não possui prioritariamente conhecimentos suficientes para examinar as decisões tomadas pela administração pública que exijam expertise técnica ou científica.[1640] Portanto, a deferência técnico-administrativa

---

[1637] NIEVA-FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**, cit., p. 285.

[1638] Tal como explica Xavier Abel Lluch: "En la valoración de la prueba pericial se ha puesto en entredicho el brocardo *iudex est peritus peritus peritorum* y se ha propuesto su sustitución por el brocardo *iudex est custos peritorum*, de suerte que el juez limite su función a verificar la corrección del razonamiento del perito, resultando oportuno a tal efecto la formación judicial en epistemología y, más concretamente, en el método de la ciencia, pudiendo el juzgador auxiliarse, si menester fuera, por un experto que le proporcione máximas de experiencia técnicas, específicas del área de conocimiento objeto del litigio. Por otra parte, y he aquí unas de las paradojas de la prueba pericial, y no obstante el dictamen pericial aporta conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de los que, en principio, el juez carece, éste no viene vinculado por las conclusiones del dictamen pericial." (LLUCH, Xavier Abel. Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial, *in*: **Peritaje y prueba pericial - Joan Picó i Junoy (Director) e Carlos de Miranda Vázquez (Coordinador)**, Barcelona: Bosch, 2017. p. 214).

[1639] BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Judiciário e Estado Administrativo - experiência americana aplica-se ao Brasil? **Journal of Law and Regulation**, v. 6, n.1, p. 50–67, 2020. p. 55. Como ainda explica Eduardo Fortunato Bim: "A Suprema Corte estadunidense, em Chevron v. NRDC (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc – 1983), entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas, somente podendo intervir o Judiciário em casos teratológicos. Porque o Judiciário deveria respeitar, em regra, a exegese do Executivo, a doutrina estabelecida no caso Chevron ficou conhecida como judicial deference, Chevron deference ou Chevron doctrine" (BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, a. 49, n. 193, p. 125–139, jan/mar, 2012. p. 132).

[1640] JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n.2, p. 537–571, 2018. p. 541.

corresponde ao raciocínio segundo o qual a autocontenção do judiciário em tais hipóteses seria conveniente.[1641]

Sob um viés de Direito Probatório, escorando-se nas lições Carmen Vázquez Rojas[1642], uma situação de deferência supõe, em realidade, uma decisão do julgador que suspende o seu juízo sobre as discussões fáticas técnicas ou científicas tomadas no processo. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz acolhe as conclusões de um laudo pericial sem maiores reflexões, por confiar no perito por ele mesmo nomeado.

Veja que a indagação que se propõe responder não diz respeito às decisões tomadas em sede de tutela provisória, nas quais o juiz por vezes não está de posse das informações técnicas ou científicas da administração pública, e tampouco há prova pericial produzida no processo. Em tais casos, há uma boa porção de decisões do STJ no sentido de se privilegiar a deferência técnico-administrativa, notadamente no âmbito regulatório.[1643]

Com isso em mente, entende-se que a discricionariedade em matéria técnica não impede a produção de prova pericial no processo judicial para exame das questões fáticas técnicas ou científicas que estão por trás da produção do ato administrativo.[1644] O fato de se reconhecer, a princípio, um mérito administrativo em matéria técnica não impede que o Poder Judiciário possa admitir e produzir a prova pericial com a finalidade de verificar fatos científicos ou técnicos que embasaram a tomada de decisão administrativa.[1645]

[1641] *Ibid*.

[1642] Emprega-se no estudo, de modo análogo, os ensinamentos de Carmen Vázquez Rojas sobre a deferência do juiz com relação ao perito por ele nomeado: "La deferencia supone la decisión por parte del agente de suspender su juicio respecto del contenido de aquellas proposiciones; una decisión que en el caso del testimonio pericial aquí delineado tendría como base la confianza en el perito dada su autoridad teórica y en que es de su interés encapsular el interés por la averiguación de la verdad. Ahora bien, hay que diferenciar la noción de deferencia de otras nociones como el acuerdo o el deber o la obligación, que pudieran ser problemáticas en contexto procesal dada la función institucional que tiene asignada el juez, o que confunden los roles de los agentes epistémicos en juego. Respecto a este último punto, por ejemplo, que el juez esté de acuerdo con el perito no es lo mismo que deferir en él; aunque algunas veces el supuesto acuerdo de un juez con el perito no sea más que una fórmula verbal incorrecta que en realidad esconde la deferencia, la cuestión aquí es mucho más sustantiva" (VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 265).

[1643] É o que pode ser visto, por exemplo, nas suspensões de segurança julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça de n° 3.402/DF, 3.152/DF, 3.063/SP e 3.025/SC.

[1644] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece, cit., p. 215.

[1645] PAZ, José Carlos Laguna de. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, cit., p. 9.

Pelo contrário, haja vista que a apreciação no caso em tela é técnica ou científica, com mais razão se admitir a revisão do ato.[1646] Afinal, ainda que se reconheça que a discricionariedade em matéria técnica é aquela que parte justamente da premissa de que por vezes o conhecimento especializado é incapaz de prover uma única opção no caso concreto, convém novamente registrar que o conhecimento especializado é limitado e pode falhar, inclusive quando manejado pela administração pública, o que atrai a necessidade de seu controle.

De outro lado, há também de se rememorar que, muito embora a princípio possa se reconhecer a existência de uma competência discricionária em uma dada situação, a própria produção de prova pericial (ou de outras provas) pode, ao fim e ao cabo, demonstrar que a situação concreta, na verdade, impõe uma competência vinculada da administração. Não se pode perder de vista que a discricionariedade deve ser sempre aferida conforme o caso concreto[1647], o que, portanto, corrobora para a necessidade de produção de provas nesse sentido.

Demais disso, como já tivemos oportunidade de esclarecer, a admissão das provas no processo apresenta dois filtros: um filtro epistemológico ou lógico, voltado a excluir provas não relevantes; e um outro filtro normativo, voltado a excluir provas que não atendem algum tipo de valor tutelado pelo ordenamento.[1648]

No caso em tela, verificado que um fato técnico ou científico é controverso, não se observa nenhum óbice, a princípio, que impeça a produção de provas periciais para esclarecimento de fatos técnicos ou científicos pertinentes à atuação da administração. Isso, pois, no que diz respeito ao filtro epistemológico, toda prova relevante, sob este aspecto, deve ser aceita no processo[1649].

De outro lado, sob uma visão normativa, também se entende que o ordenamento brasileiro não veda de modo geral a produção de provas periciais em tais hipóteses, já que o art. 369 do CPC consagra no sistema processual civil um critério bem amplo de aceitação de provas, inclusive de provas atípicas.

[1646] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 01, ano 01, n. 1, p.224/236, jan/jun, 2016. p. 230.
[1647] Nesse sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 143; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 217.
[1648] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 63.
[1649] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 115.

Segue-se integralmente a lição de José Cretella Júnior[1650] no campo da competência discricionária e da matéria fática objeto do processo: "Apreciando a materialidade dos fatos, o magistrado não exorbita do campo que lhe está afeto, porque a existência de certas circunstâncias de fato constitui condição *sine qua non* para que o ato administrativo seja legal".

Outra não é a lição de Caio Tácito[1651] sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: "a matéria de fato a que se relaciona a ação administrativa não está, portanto, vedada ao acesso da apreciação do juiz. A opinião de que somente poderá o exame jurisdicional percorrer os elementos extrínsecos do ato repousa (...) em uma falsa concepção de mérito". E acresce o mesmo autor no sentido de que: "Não há, na perquisição da prova, nenhuma ingerência jurisdicional no mérito do ato administrativo (...). Os dados probatórios são compulsados, mitigadamente, pelo juiz com o fito exclusivo de exercer o diagnóstico, que lhe é peculiar, da legitimidade (...)".[1652]

Também Luis Manuel Fonseca Pires[1653] ressalta sobre a importância da prova pericial em processos judiciais abrangendo questões de provas de concurso público, as quais considera uma matéria de cunho técnico, no seguinte sentido: "a despeito de todas as dificuldades que o caso concreto haverá de apresentar, é possível ao Judiciário, ao determinar e analisar uma perícia sobre a prova, ao menos aferir se ocorre eventual abuso de direito, reprimir perseguições e direcionamento de resultados (...)".

Deste modo, reconhecer, a princípio, a existência de uma discricionariedade em matéria técnica não leva à conclusão automática de que o juízo sobre as circunstâncias fáticas que dependam de conhecimento especializado é exclusivo da administração pública, a impedir assim sempre a produção de provas no processo.[1654]

É bem verdade que o sistema processual civil autoriza o juiz a dispensar a prova pericial com fundamento no art. 472 do CPC, ou seja, dispensá-la quando as partes, na petição inicial e na contestação já apresentaram sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que o juiz considerar suficientes. Trata-se de

---

[1650] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 109.
[1651] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 99.
[1652] *Ibid*., p. 335.
[1653] PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 240.
[1654] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração, cit., p. 258.

dispositivo normativo que repete o art. 464, §1°, inciso II, do CPC, que assinala que o juiz indeferirá a prova pericial quando for desnecessária em vista de outras provas já produzidas no processo.

Nesse caso, no entanto, não se trata de dispensar a prova em razão de se concluir por uma deferência técnico-administrativa, mas sim em razão de as provas produzidas serem consideradas suficientes para esclarecimento das questões fáticas, o que deverá ser, em qualquer caso, fundamentado pelo juiz.

A segunda questão diz respeito a saber quando a prova técnica deve ser produzida. Com efeito, a prova pericial é necessária sempre que presente a necessidade de esclarecimentos técnicos ou científicos[1655] que fogem ao alcance da cultura comum.[1656] De fato, o art. 464, §1°, inciso I, do CPC, é claro ao assinalar que o juiz indeferirá a prova pericial quando a prova do fato não depender de conhecimento especial.

Mesmo que o juiz seja detentor dos conhecimentos especiais exigidos para análise da questão fática, o que não é a regra, ainda assim a prova pericial deve ser

---

[1655] Como nos recorda José Manoel de Arruda Alvim Netto, o conhecimento técnico corresponde a um conhecimento especial que não necessariamente é adquirido ordenadamente por meio de uma ciência; já o conhecimento científico, nas palavras do mesmo autor: "é aquele efetivamente construído através de uma dada ciência", ou seja, aquele conhecimento obtido de modo organizado e sistematizado (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Apontamentos sobre a perícia, cit., p. 1-versão digital). Sem embargo, a distinção entre a ciência e a técnica não é tema fácil dentro e fora do processo. Com efeito, progressivamente ao longo do tempo, a distinção entre a técnica e a ciência se tornou turva. Tal como esclarece Jürgen Habermas: "Desde o final do século XIX, impõe-se cada vez com mais força a outra tendência evolutiva que caracteriza o capitalismo tardio: a *cientificação da técnica*. No capitalismo sempre se registrou a pressão institucional para intensificar a produtividade do trabalho por meio da introdução de novas técnicas. As inovações dependiam, porém, de inventos esporádicos que, por seu lado, podiam sem dúvida ser induzidos economicamente, mas tinham ainda carácter natural. Isso modificou-se, na medida em que a evolução técnica é realimentada com o progresso das ciências modernas. Com a investigação industrial de grande estilo, a ciência, a técnica e a revalorização do capital confluem num único sistema"; e conclui o mesmo autor no sentido de que: "(...) o problema de uma transformação do saber técnico em consciência não se alterou hoje só na ordem de grandeza. A massa do saber técnico já não se reduz as técnicas pragmaticamente aprendidas dos ofícios clássicos. Assumiu a forma de informações científicas que podem transformar-se em tecnologias" (HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**, Lisboa: Edições 70, 2009. p. 72 e 96). O assunto também não passou desapercebido no importante caso *Kumho Tire CO. v. Carmichael,* em que a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que: "Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a 'gatekeeping' obligation depended upon a distinction between 'scientific' knowledge and 'technical' or 'other specialized' knowledge, since there is no clear line dividing the one from the others and no convincing need to make such distinctions" (*Kumho Tire CO. v. Carmichael* 526 US137, 1999, disponível em https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/526/137.html, acesso em 01.06.2023).

[1656] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 688.

produzida, tendo em vista que não pode o juiz fazer uso de seus conhecimentos privados sem participação dos interessados.[1657]

De relevante sobre o tema, convém acentuar que, atualmente, se concebe a existência de vários diferentes tipos de ciências. Embora possa parecer trivial a afirmação em tela, fato é que hoje se reconhece com o *status* de ciência aquelas definidas como humanas ou sociais[1658], as quais, inclusive, informam a atuação da administração pública, como, por exemplo, nos casos em que atua na área de assistência social ou da psicologia.

A afirmação vem corroborar o fato de que não é somente quanto às ciências naturais que deve o juiz determinar ou deferir provas periciais, tampouco que devem ser utilizados os métodos próprios das ciências naturais para exame de conhecimentos especializados produzidos nas ciências sociais ou humanas.[1659]

Uma vez apurado que existem fatos cujo esclarecimento demanda conhecimento especializado e a consequente necessidade de produção de pericial, surge a questão da execução da perícia. De relevante, ressalta-se que todo laudo pericial deve conter a exposição do objeto da perícia, a análise técnica ou científica realizada pelo perito, a indicação do método utilizado, que deve ser esclarecido e demonstrado ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou e, por fim, a resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados no processo pelos diferentes sujeitos processuais (art. 473, incisos I a IV, do CPC).

O perito nomeado pelo juiz, e os especialistas que acompanham as partes, por vezes entram em desacordo sobre a execução da prova pericial. Em geral, as desavenças são as seguintes: (i) desacordo sobre os fatos que são relevantes para solucionar a questão; (ii) desacordo sobre o conjunto de generalizações teóricas e metodológicas que deveriam ser aplicadas aos fatos identificados como relevantes; (iii) desacordo sobre as consequências que se inferem da aplicação das aludidas generalizações aos fatos relevantes.[1660]

[1657] Nesse sentido: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Apontamentos sobre a perícia, cit., p. 10-versão digital; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume V**, São Paulo: Max Limonad, 1949. p. 31.

[1658] Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - monografías Universitas**, cit., p. 91; LLUCH, Xavier Abel. Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial, cit., p. 217.

[1659] TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - Monografías Universitas**, cit., p. 93.

[1660] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 193.

No caso, como visto, a discricionariedade em matéria técnica remonta ao fato de que o conhecimento especializado pode ser instrumento para delimitar as alternativas, mas nem sempre eliminarão por completo a pluralidade de caminhos que estão à disposição da administração pública.[1661]

Ou seja, a partir da premissa de que o conhecimento especializado nem sempre elimina a pluralidade de alternativas que estão à disposição da administração pública, o objeto e a execução da perícia a ser realizada no processo judicial deve se voltar a verificar a reconstrução probatória já realizada pela administração no âmbito administrativo, notadamente se as generalizações teóricas ou metodológicas utilizadas pelo poder público para a prática de um ato administrativo que exija conhecimentos especializados estão entre aquelas reconhecidas pela comunidade especializada como adequadas para, em um segundo momento, avaliar se o resultado alcançado pela administração está de acordo com as generalizações teóricas ou metodológicas utilizadas, ainda que a opção adotada pela administração não seja a única alternativa disponível no caso concreto.[1662]

Como já visto, não se deve utilizar como parâmetro os métodos próprios das ciências naturais para exame de conhecimentos especializados produzidos nas ciências sociais ou humanas[1663], ciências essas que também informam a atuação da administração pública.

A análise da reconstrução probatória da administração por ocasião da prova pericial, notadamente a verificação das generalizações teóricas ou metodológicas escolhidas pela administração pública, deve levar em conta a época em que o ato administrativo foi produzido. Isso, pois é desproporcional exigir da administração pública a escolha de conhecimentos especializados que ainda não existiam na ocasião em que o ato administrativo foi produzido.[1664]

[1661] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. **Revista Direito UFMS - Edição Especial**, v. 1, n.1, p.165–185, jan/jun, 2015. p. 176.

[1662] Nas palavras de Flavio José Roman: "Cumprirá certamente ao juiz assegurar que o sentindo empregado pela Administração corresponda ao ordinariamente empregado na ciência para o conceito. (...). Não compete, contudo, ao magistrado substituir o significado empregado pela Administração quando este se revele plausível, coerente, razoável e proporcional na hipótese" (ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**, cit., p. 185).

[1663] Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - monografías Universitas**, cit., p. 93; LLUCH, Xavier Abel. Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial, cit., p. 217.

[1664] ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**, cit., p. 190.

Nesse aspecto, novamente convém consignar as lições de Karl Popper[1665], segundo o qual somente a *refutabilidade* ou *falseabilidade* de uma teoria científica pode ser provada, o que leva a um processo de construção científica interminável, em que novas teorias surgem para refutar a anterior e assim sucessivamente.

De todo o exposto, o que se percebe é que, muito mais do que buscar uma prova pericial que substitua a atuação da administração pública, deve a perícia, e posterior valoração do juiz, se voltar a analisar a reconstrução probatória já realizada pela administração por ocasião da seara administrativa, verificando notadamente se as generalizações teóricas ou metodológicas escolhidas pela administração pública para a prática de um ato administrativo, e o resultado a partir delas alcançado, estão dentro de um consenso sobre tema, ainda que a opção adotada pela administração não seja a única alternativa disponível no caso concreto.[1666]

Trata-se, assim, de buscar uma discussão científica aberta entre o judiciário e administração pública, sendo, nas palavras de Eduardo Fortunato Bim[1667]: "um moto perpetuo científico de contestação".

Consigna-se que, idealmente, o reconhecimento em torno de uma prática científica ou técnica deveria surgir a partir de quando existentes provas suficientes sobre a correção ou não de uma dada teoria.[1668] Em termos práticos, no entanto, o reconhecimento surge quando um número suficiente de especialistas relevantes de uma dada comunidade entende que há prova suficiente para garantir uma teoria.[1669] Mesmo nesse último caso, não é como se os especialistas relevantes de uma dada área se reunissem e votassem indicando a existência de consenso em torno de uma dada teoria[1670], o que evidentemente torna a construção em torno do tema mais problemática ainda.

Seja como for, ressalta-se, novamente, a importância de se enaltecer o processo administrativo anterior à produção do ato administrativo, no qual serão registrados as

---

[1665] POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**, cit., p. 418.
[1666] Em que pese o trecho a seguir tenha sido lançado sem se voltar especificamente ao tema da discricionariedade técnica, convém aqui registrá-lo: "En mi opinión, un buen análisis de prueba pericial no debe enforcarse únicamente en la determinación de los criterios de valoración, sino más globalmente en la obtención de información experta mediante terceros" (VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 81).
[1667] BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e ambiental, cit., p. 134.
[1668] HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**, cit., p. 87 e 88.
[1669] *Ibid*.
[1670] *Ibid*.

provas e o raciocínio da administração que levaram à adoção de uma escolha técnica ou científica em detrimento de outra. Com efeito, a partir de um processo administrativo adequado, será possível observar: (i) a apuração e delimitação das vias técnicas de solução; (ii) a ponderação e a escolha da via técnica mais ajustada ao interesse público; (iii) por fim, a execução da opção.[1671]

Verificado, a partir da prova pericial, que a administração pública fez uso de generalizações teóricas ou metodológicas consideradas corretas pela comunidade especializada e que as consequências que se inferem da aplicação das aludidas generalizações aos fatos relevantes foram adequadas, ainda que não seja a única escolha possível para a hipótese, deve ser considerado válido o ato administrativo.

Nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti[1672]: "(...) nos casos em que a Administração Pública identifica mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, adotando uma delas por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, estará vedado ao Poder Judiciário a anulação do ato".

Raciocinio similar é encampado por José Carlos Laguna de Paz[1673], no seguinte sentido: "La solución puede variar en función del método aplicado (…) sin que exista un consenso científico que permita reputar unos u otros resultados como equivocados. Esto explica que el juez deba respetar el inevitable margen de discrepancia que existe en todos los sectores de saber".

De modo semelhante, conclui José dos Santos Carvalho Filho[1674] que o juiz deve "(...) analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência. O controle das questões complexas deve ir até onde seja possíveis os aspectos objetiváveis (...)".

Registra-se ainda o entendimento de Domingo J. Sesin[1675] no âmbito da discricionariedade administrativa em materia técnica: "La provisionalidad de la ciencia y de la técnica significa que la certeza absoluta a veces no existe, por lo que el juez debe conformarse con una solución técnicamente aceptable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación".

[1671] ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**, cit., p. 193.
[1672] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica, cit., p. 182.
[1673] PAZ, José Carlos Laguna de. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, cit., p. 10.
[1674] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial, cit., p. 233 e 234.
[1675] SESÍN, Domingo J. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. **Documentación Administrativa**, 269–270, p. 87–100, 2011. p. 97.

Caso proceda o judiciário pela invalidação do ato administrativo na hipótese em que a competência era discricionária, não poderá o juiz produzir novo ato administrativo no lugar, pois não pode o judiciário, sem violação da Separação dos Poderes, se substituir à administração pública no manejo de competências discricionárias.[1676] Caberá assim a administração produzir outro ato administrativo que observe o interesse público.[1677]

Ao fim e ao cabo, convém registrar que o juiz, ao declarar que válido o ato administrativo a partir da valoração das provas produzidas no processo, não faz o mesmo que uma simples deferência técnico-administrativa. Conforme já dito, na deferência, o que se supõe é a decisão do julgador de suspender o seu juízo sobre as discussões técnicas ou científicas tomadas no processo.

6.8. Móvel ou intenção do agente público na produção dos atos administrativos e a prova dos estados subjetivos

Busca-se com a presente seção tratar da prova do móvel ou intenção do agente público na produção de atos administrativos.

Para tanto, o capítulo se divide em três partes: uma primeira parte, em que se debate sobre a existência ou não de relevância jurídica do móvel do agente público para a produção de atos administrativos; uma segunda parte, em que se discute propriamente a forma pela qual os estados subjetivos são provados no processo; e uma terceira parte, na qual será aprofundada a presunção judicial, notadamente do ponto de vista do seu controle no processo, como mecanismo hábil para a prova dos estados subjetivos.

6.8.1. Da relevância jurídica do móvel do agente público

Segundo aponta Agustín Gordillo[1678], os vícios na formação da vontade da administração pública para a produção de um ato administrativo podem ser divididos em duas espécies: de um lado, os vícios de ordem objetiva, como aqueles vícios que surgem ao longo do processo de produção do ato; de outro lado, os vícios de índole

---

[1676] ZOCKUN, Maurício. A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, n. 35, julho/setembro, 2013. p. III–12.
[1677] *Ibid*.
[1678] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, cit., p. 316.

subjetiva, como é o caso dos vícios existentes na vontade do agente público que produziu o ato administrativo.

Nessa última hipótese, entre vários outros tipos de vícios, tem-se a seara do desvio de poder ou finalidade[1679-1680], na qual uma competência é utilizada em desrespeito à finalidade que está sujeita.[1681] Novamente, como várias questões do Direito Administrativo[1682], o tema do desvio de finalidade tem criação jurisprudencial a partir do Conselho de Estado da França, naquilo que se convencionou denominar de *détournement de pouvoir*.[1683]

Na seara do desvio de finalidade, conforme aduz Jean Rivero[1684], de modo geral se suscitam problemas de duas ordens: uma no campo da determinação da finalidade do ato administrativo e outra na seara da discussão sobre a prova do desvio.

O primeiro caso é estudado exclusivamente pelo Direito Administrativo e, portanto, não será aprofundado. É com relação ao segundo caso que a pesquisa pretende aprofundar. Trata-se da discussão do móvel ou a intenção do agente público na produção de atos administrativos e sua prova no processo judicial.

Na linha de Celso Antônio Bandeira de Mello[1685], constitui o móvel ou a intenção: "a representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente". Percebe-se, do conceito exposto, que o móvel não se confunde com a motivação: enquanto aquele é de ordem subjetiva ou psíquica, este é de ordem objetiva.[1686]

A discussão do móvel do agente público e sua relevância jurídica para o ordenamento tem início no plano material. Sem embargo, a discussão é vital para o Direito Probatório, e revela, uma vez mais, a interrelação entre os planos material e processual, uma vez que, se se entender que o móvel ou a intenção do agente público

---

[1679] *Ibid*., p. 327.
[1680] Embora sejam expressões sinônimas, aponta Luis Manuel Fonseca Pires que o termo *desvio de finalidade* melhor se afina a regimes democráticos de direito (PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 331).
[1681] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 497.
[1682] Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, constitui a jurisprudência do Conselho de Estado da França "o maior manancial do Direito Administrativo" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 493).
[1683] TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**, cit., p. 103.
[1684] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 291.
[1685] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 403.
[1686] CHAPUS, René. **Droit administratif général tome 1**, cit., p. 1048.

não é relevante juridicamente para o ordenamento, sequer há necessidade de discussão sobre como prová-lo no processo.

Como anota Marina Gascón Abellán[1687], logicamente no processo se fixa primeiro qual a hipótese fática ou de incidência, extraída do plano material, para em seguida verificar concretamente a ocorrência ou não dos fatos discutidos por meio das provas.

Isto posto, não se pode perder de vista que a administração pública atua por meio de seus órgãos, mas estes, ao fim e ao cabo, são compostos por indivíduos.[1688] Nas palavras de Adolf Merkl[1689]: "Administrar es un obrar humano, consciente"; ou, ainda, na dicção de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[1690]: "Difícil entender o Estado sem o homem".

Qualquer ser humano que prática um ato ou celebra um contrato é premido pela realização de um valor ou de um interesse, ou seja, um objetivo ou finalidade a atingir.[1691]

Deste modo, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello[1692], entende-se que perquirir qual o móvel ou a intenção do agente público é relevante juridicamente nos atos administrativos em geral quando praticados sob a competência discricionária, pois, na competência vinculada, o ordenamento já predeterminou o único comportamento possível do agente. E acresce o mesmo autor que nas hipóteses de competência discricionária: "haverá presunção, *juris et de jure*, de que a intenção incorreta desemboca em desacordo do ato com seu próprio fim".[1693]

[1687] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 73. Sintetiza nesse sentido Michele Taruffo que: "el primer problema supone la interpretación de la norma, mientras que el segundo afecta al conocimiento del hecho: debe tratarse del hecho jurídicamente relevante (…) pero, en todo caso, siempre se tratará de establecer la existencia de un hecho" (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 103).

[1688] Nesse sentido: CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**, cit., p. 92; FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 452.

[1689] MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**, cit., p. 278.

[1690] SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**, cit., p. 152.

[1691] Na dicção de Miguel Reale: "O fenômeno jurídico manifesta-se ou existe porque o homem se propõe fins. Não é possível que se realize, por exemplo, sem que algo mova os homens à ação. Quem contrata é impelido pela satisfação de um *valor* ou de um interesse, por um objetivo a atingir, por um *fim* qualquer que constitui o ato, dando-lhe vida e significado como razão de seu *dever ser*" (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 522).

[1692] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 403.

[1693] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, cit., p. 74.

Semelhante entendimento, de que há relevância jurídica em perquirir o móvel nas competências discricionárias, é compartilhado também por Welter[1694], Tácito[1695], Caetano[1696], Garrido Falla[1697], Martins[1698], Sundfeld[1699] , Valles[1700], Fernandes[1701].

Afinal, se se partir do pressuposto de que na competência discricionária o ordenamento "deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto"[1702], faz sentido investigar o móvel do agente por trás da prática do ato administrativo em tais circunstâncias.

Seja como for, o móvel do agente público pode suscitar sua prova para fins de aplicações de sanções penais, sanções de improbidade administrativa, responsabilidade civil do Estado etc. Sem embargo, o principal embate doutrinário da questão surge sobre como a intenção de um agente público na prática do ato administrativo tem ou não relevância jurídica para fins de desvio de finalidade e a consequente necessidade de invalidação do ato.

Por exemplo, Luis Manuel Fonseca Pires[1703] discorda da relevância jurídica do móvel do agente para fins de desvio de finalidade. Para o autor: "nunca se deve dirigir o intérprete, sobretudo o juiz (...) em relação à intenção, ao móvel, ao elemento psicológico do agente público"[1704] e isso porque, na visão ainda do mesmo autor, a vontade que anima os fatos dos agentes públicos é a "manifestação que se limita a

---

[1694] WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 52.

[1695] De fato, parece ser o entendimento do autor, ao assinalar, em artigo dedicado ao tema, que: "O desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária (...)" (TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, p. 1–13, abr/jun, 2002. p. 2).

[1696] CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo Vol. I**, 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 433 e 434. O autor, que está aprofundando o campo dos elementos do ato administrativo, deixa claro que se refere à voluntariedade da conduta como fator importante nos casos da competência discricionária. Nas palavras do autor: "Repare-se, porém, que só a voluntariedade da conduta consideramos elemento do acto administrativo, reduzido à posse de consciência e de liberdade de quem haja de produzir essa conduta, de tal modo que ele pudesse ter sido 'fisicamente' como foi ou de outra maneira". Arremata, ainda, no sentido de que "A intencionalidade não é elemento essencial do ato, muito menos a liberdade de determinação do conteúdo ou dos efeitos da conduta".

[1697] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 452 e 453.

[1698] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, cit., p. 199.

[1699] SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**, cit., p. 64.

[1700] VALLES, Edgar. **Contencioso administrativo**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 98.

[1701] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**, cit., p. 56.

[1702] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**, cit., p. 62.

[1703] PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**, cit., p. 259 e ss.

[1704] *Ibid*., p. 259.

exteriorizar". E arremata o autor no sentido de que: "ao menos para a categoria do desvio de finalidade o elemento subjetivo é absolutamente dispensável".[1705]

Celso Antônio Bandeira de Mello[1706] e Ricardo Marcondes Martins[1707] assumem de certa forma posição intermediária, mas que, ao fim e ao cabo, resulta no reconhecimento de que há importância em perquirir o móvel do agente para fins de invalidação do ato sob o fundamento de desvio de finalidade, ao menos na seara probatória.

Com efeito, os autores em tela, no campo do desvio de finalidade, deixam claro que o vício a ser apurado não é no móvel do agente propriamente dito, mas sim entre o descompasso da finalidade do ato pretendido pelo agente e a finalidade exigida pelo sistema jurídico, analisados de modo objetivo.

Sem embargo, deixa também claro Celso Antônio Bandeira de Mello[1708] que: "O defeito na intenção, quando existente, denuncia a ocorrência do objetivo desencontrado com a finalidade legal (...)". E acresce o autor: "reconhece-se boamente, que nos casos de incorreta intenção do agente, a desarmonia entre o fim do ato e o fim legal é consequência inevitável do vício na direção da vontade".[1709] Em esteira semelhante aduz Ricardo Marcondes Martins[1710]: "a espuriedade do móvel, nos casos de discricionariedade, faz presumir a falta de pressuposto teleológico: o vício é de finalidade".

É claro que nem todo desvio de finalidade decorre de um vício de intenção do agente público.[1711] É possível vislumbrar situações em que o agente público age sem vício de intenção, mas a intenção decorre de uma errônea compreensão do interesse público.[1712]

Seja como for, também concordam com a relevância jurídica do móvel para fins de desvio de finalidade: Rivero[1713], Garrido Falla[1714], Bielsa[1715], Aranha Bandeira de Mello[1716], Cretella Júnior[1717], Di Pietro[1718] e Sundfeld[1719].

[1705] *Ibid*., p. 261.
[1706] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, v. 172, p. 1–19, 1988. p. 13 e 14.
[1707] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, cit., p. 201.
[1708] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder, cit., p. 15.
[1709] *Ibid*.
[1710] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, cit., p. 201.
[1711] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, cit., p. 69.
[1712] *Ibid*.
[1713] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 291 e 292.

Concordamos assim com a teoria proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello e Ricardo Marcondes Martins. A completa recusa em se reconhecer a importância da intenção do agente público para fins de desvio de finalidade parece remeter a uma época da ciência jurídica em que não se concebia a relevância das razões psicológicas como importantes para o Direito.

Como anota Cláudia Sofia Alves Trindade[1720], a repulsa pelos estados subjetivos e sua prova no processo, de modo geral, remonta aos séculos XVII e XVIII, e tem origem na ideia de limitação da intervenção do Estado na esfera e liberdade do indivíduo, intervenção esta que na época alcançou o seu máximo.[1721]

Pondera ainda Cláudia Sofia Alves Trindade[1722] que isso abriu espaço para mais tarde fundamentar outras construções teóricas que afastaram os estados subjetivos do Direito, em razão, nas palavras da autora: "por considerar que os mesmos, enquanto estados interiores, apenas podem situar-se na órbita da Ordem Moral (...)".[1723]

Acresce ainda a mesma autora portuguesa que aludidas correntes acabam por fazer uso da natural dificuldade da prova dos estados mentais no processo como um argumento de conveniência para não se reconhecer a relevância jurídica dos estados subjetivos.[1724]

[1714] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 453.
[1715] BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**, cit., p. 33.
[1716] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 494.
[1717] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 89.
[1718] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 254.
[1719] SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**, cit., p. 64.
[1720] TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 45 e 46.
[1721] Por exemplo, Baruch de Espinosa, importante autor da época, assim sublinha: "Se fosse tão fácil mandar nos ânimos como nas línguas, cada um reinaria em segurança e nenhum Estado seria violento, uma vez que cada um viveria de acordo com o desígnio dos governantes e só em função dos seus decretos ajuizaria do que é bom ou mau, verdadeiro ou falso, justo ou iníquo. Mas isto (...) não é possível de fazer ao ponto de o ânimo ficar completamente sujeito a jurisdição alheia, porquanto ninguém pode transferir para outrem, nem a tanto ser coagido, o seu direito natural, ou a sua faculdade de raciocinar livremente e ajuizar sobre qualquer coisa" (ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-Político**, 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. p. 383).
[1722] TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 47.
[1723] De fato, Maurice Hauriou compreendia que o controle do desvio de poder estava além do simples exame da lei, alcançado assim o próprio campo da moral (HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 - Tome Deuxième**, Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 149). Semelhante entendimento é perfilhado por Henri Welter, que inclusive dedicou obra exclusiva ao aprofundamento do controle jurisdicional da moralidade administrativa (WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence, cit.)**.
[1724] TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 54.

Seja por força da separação entre o Direito e a moral em grande parte da doutrina não ser mais compreendida de maneira tão rígida[1725], seja em razão de o próprio ordenamento atribuir expressamente consequências jurídicas a estados puramente mentais[1726], e seja ainda porque a dificuldade da prova não retira a relevância jurídica a que o Direito atribui a certos estados subjetivos[1727], atualmente é bem aceita a conclusão de que os estados psíquicos podem ter relevância para o Direito e para fins probatórios, como se observa na doutrina de Lessona[1728], Wigmore[1729], Taruffo[1730], Abellán[1731], Trindade[1732] e Lagier[1733].

Uma vez reconhecida a relevância jurídica dos estados subjetivos, aí inserido o móvel ou a intenção do agente público para a prática de atos administrativos, inclusive para fins de desvio de finalidade, passa-se a análise de sua prova no processo judicial.

6.8.2. Da prova do móvel do agente público

O móvel ou a intenção do agente público constitui um estado subjetivo ou psicológico, ou seja, um estado da consciência humana formado por um conjunto de atos mentais, a exemplo das percepções, ou vontades ou emoções.[1734]

Consoante sustenta Daniel González Lagier[1735], os estados subjetivos podem ser divididos nas seguintes categorias: (i) vontades (desejos ou intenções); (ii) cognições

---

[1725] Nesse sentido: ALEXY, Robert. **The argument from injustice - A reply to legal positivism**, Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 22 e 23; REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, cit., p. 676 e ss; PERELMAN, Chaïm. **A lógica jurídica: nova retórica**, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 90 e ss; DWORKIN, Ronald. **O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo**, São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 488 e ss. 488.

[1726] Como exemplo, para além do móvel ou da intenção do agente público que ora se discute, o próprio art. 171, *caput* e inciso II, do Código Civil, que prevê a anulação do negócio jurídico em razão da presença de dolo.

[1727] TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 53 a 55.

[1728] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, cit., p. 156.

[1729] WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience**, cit., p. 96 e 97.

[1730] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 159.

[1731] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 73.

[1732] TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 54.

[1733] LAGIER, Daniel González. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defesa de los criterios de "sentido común". **Quaestio facti**, p. 49–80, N/2022. p. 66 e ss.

[1734] SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, cit., p. 156.

[1735] LAGIER, Daniel González. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defesa de los criterios de "sentido común", cit., p. 52.

(crença e conhecimento); (iii) percepções e sensações; (iv) estados afetivos (emoções, estados de ânimo); e (v) atos mentais (planejar, deliberar, decidir).

Uma vez que se passam na mente do indivíduo, o que caracteriza o estado subjetivo é justamente o fato de que não possui existência física ou material.[1736] Em outras palavras, os estados mentais são fatos puramente temporais[1737] e sua existência é subjetiva, no sentido de que são exclusivamente do sujeito que os produz.[1738]

Em geral, os estados subjetivos do agente público que revelam um vício de vontade na formação do ato administrativo podem ser classificados da seguinte maneira: (i) o agente público que atua para beneficiar uma vontade própria (como exemplo, o agente público que atua por vingança); (ii) o agente público que atua para beneficiar terceiro ou grupo de terceiros (como exemplo, o agente público que frauda uma licitação para beneficiar amigo); (iii) por fim, o agente público que atua para beneficiar a própria administração pública em detrimento do interesse público (a exemplo, aplicar e cobrar multa com finalidade arrecadatória).[1739]

Sem sombra de dúvida, tal como aduz Carlo Lessona[1740], a grande questão que surge sobre os estados subjetivos é a dificuldade de sua prova no processo. Inclusive, tal fato não passou desapercebido pela doutrina administrativista, que em vários autores nacionais e do direito comparado há muito já concluiu que o problema do desvio do poder, em termos práticos, é a sua prova.[1741]

[1736] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 159.
[1737] SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, cit., p. 156.
[1738] LAGIER, Daniel González. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defesa de los criterios de "sentido común", cit., p. 53.
[1739] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, cit., p. XI-30 e ss.
[1740] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, cit., p. 156.
[1741] Nesse sentido: WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 414 e 415; RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 291; FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 471; CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 86; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 255. Inclusive, registra Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que a teoria do desvio do poder enfrenta há algum tempo desgaste na França, haja vista que por vezes o Conselho de Estado tem preferido aplicar no caso concreto a teoria dos motivos determinantes justamente em razão da dificuldade em se examinar e provar o móvel do agente público (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, cit., p. 499). É também o vaticínio de Eva Desdentado Daroca, conforme o seguinte trecho de sua obra: "Esta concepción subjetiva es lo que ha determinado, sin duda alguna, la escasa aplicación de esta técnica y la reticencia de los tribunales contencioso-administrativos a emplearla para anular actos administrativos" (DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad**

Afinal, como provar algo que não tem existência física? Deveras, o fato em tal hipótese se passa exclusivamente no plano psíquico, constituindo o próprio indivíduo, quando muito, a sua única testemunha.

A saída para a prova dos fatos psíquicos, há muito tempo já identificada a pelo menos por Jeremy Bentham[1742], se dá através de um fato que lhe corresponda no mundo físico. Ou seja, os estados subjetivos por vezes produzem atividades corporais do ser humano ou movimentos no mundo físico, os quais constituem suas "pegadas".[1743]

De fato, não é possível investigar diretamente a mente do indivíduo, de modo que o controle que se exerce sobre o móvel do agente público é, ao fim e ao cabo, de natureza objetiva.[1744] Não por outro motivo, há muito José Cretella Júnior[1745] assevera: "Ora, a prova do desvio de poder deve consistir em algo palpável que se projete no mundo jurídico (...)".

Isso, é claro, não implica afirmar que sempre o correspondente fato físico existirá de maneira nítido no caso concreto.[1746-1747] Há casos, ainda, que se poderia sustentar a ausência de um fato físico correspondente, como naquelas hipóteses de estados mentais não conscientes.[1748]

Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial, cit., p. 217).

[1742] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**, London: Baldwin, Cradock and Joy, 1825, p. 10.

[1743] SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, cit., p. 156.

[1744] WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 59.

[1745] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 85.

[1746] LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**, cit., p. 462.

[1747] Hans Kelsen tem interessante passagem sobre o tema: "Entre a vontade real de uma das partes e a sua declaração por qualquer modo exteriorizada, pode existir uma discrepância, na medida em que a esta declaração é atribuído, pela contraparte no contrato ou pelo órgão aplicador do Direito, um sentido diferente daquele que a própria parte quis exprimir com a sua declaração. Quais as consequências que têm uma tal discrepância, é questão a que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica. A ordem jurídica pode determinar que não se concluiu um contrato criador de Direito quando uma das partes está em posição de poder demonstrar que o sentido intendido (por ela visado) da sua declaração é diferente daquele que lhe é atribuído pela outra parte. Mas a ordem jurídica também pode determinar que uma tal discrepância não tem qualquer incidência sobre a validade da norma contratualmente criada, que ela é juridicamente irrelevante (...)" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 287).

[1748] LAGIER, Daniel González. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defesa de los criterios de "sentido común", cit., p. 54.

É nesse complexo cenário que grande parte da doutrina concorda no sentido que a presunção judicial, simples ou *hominis*, é o principal mecanismo a ser utilizado para a prova dos estados subjetivos no processo judicial.[1749]

Como já visto, a partir de um raciocínio por inferências, a regra de experiência (premissa maior), junto com o indício (premissa menor), resulta na presunção judicial, a permitir, portanto, seja um fato considerado existente pelo juiz a partir de outro fato provado.[1750]

Deste modo, o plano psíquico do agente público não poderá ser investigado de forma direta. Contudo, a partir do próprio agir do agente ou outro fato externo (indício), é que será possível, à luz do que ordinariamente acontece (regra de experiência), esclarecer a intenção do agente público na produção de um ato administrativo.

Nesse sentido, inclusive, aduz Agustín Gordillo no âmbito do desvio de finalidade[1751]:

> (…) muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por las normas deja rastro de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria, de favoritismo, intereses o finalidades públicas no previstas ni autorizadas por la ley.

É também o vaticínio de Jean Rivero[1752] o qual, apoiado inclusive em entendimento do Conselho de Estado da França, há muito sustenta:

> O Conselho de Estado, após ter exigido inicialmente que o desvio de poder resultasse do próprio acto, admite que a prova se deduza dos diversos elementos do processo: outras peças escritas, circunstâncias em que surgiu ao acto, inexatidão dos motivos alegados que deixam transparecer o fim verdadeiro etc. Procura menos uma prova manifesta que uma convicção, que pode resultar de um feixe de indícios convergentes.

Colaciona-se ainda a lição de José Cretella Júnior[1753]: "Tem de provar-se que se deram certos fatos em conexão com a prática do ato administrativo, que esses fatos demonstram que os fins visados pelo exercício do poder discricionário não foram os fixados na lei (...)". E acresce o mesmo autor: "denominamos de 'sintomas' do desvio de poder qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial, que revele

---

[1749] Nesse sentido: LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc - Tomo I**, cit., p. 463; TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**, cit., p. 77; TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 164.
[1750] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**, cit., p. 63.
[1751] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**, cit., p. XI–33.
[1752] RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**, cit., p. 292.
[1753] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 87.

a 'distorção' da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo ou interesse 'público', mas por motivo 'privado'".[1754]

Novamente, não custa relembrar a importância do processo administrativo, no qual uma série de elementos probatórios já poderão servir como indícios para eventuais presunções judiciais a serem formuladas no processo judicial.[1755] Não por outro motivo, assinala José Cretella Júnior[1756] sobre a prova do desvio de poder que o julgador: "não perscruta rins e coração (...). É o arquivo, é o fichário, que deverá fornecer tal convicção".

Os indícios em geral são classificados em três tipos: circunstâncias externas ao agente do qual se pretende provar o estado mental; comportamentos do próprio agente que produz o estado subjetivo que se pretende provar; e, por fim, outros estados subjetivos do próprio agente, seja anterior ou posterior, ligados ao estado mental que se quer provar.[1757]

Alguns indícios específicos são fornecidos pela doutrina administrativista, de modo a tornar o tema mais palpável. A leitura da doutrina de Henri Welter[1758], de Renato Alessi[1759], de Pietro Virga[1760] e de José Cretella Júnior[1761] revelam os seguintes indícios: (i) contradição do ato com atos precedentes ou posteriores; (ii) motivação exagerada, contraditória ou insuficiente; (iii) alteração ou desfiguração dos fatos pertinentes ao caso; (iv) manifesta injustiça; (v) derrogação de norma interna; (vi) precipitação com que o ato foi editado; (vii) inexistência dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada; (viii) desigualdade de tratamento dispensado aos interessados; (ix) caráter sistemático de certas proibições; (x) caráter geral atribuído a uma medida que deveria permanecer particular; (xi) circunstâncias locais que antecederam a edição do ato; (xii) irracionalidade ou ilogicidade do procedimento seguido da emanação do ato; (xiii) violência moral.

[1754] *Ibid*., p. 91.
[1755] Embora sem fazer menção a um processo administrativo, Henri Welter recorda da importância da motivação e dos vários documentos fornecidos pela administração pública para a prova do móvel do agente público (WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 416).
[1756] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 88.
[1757] WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience**, cit., p. 96.
[1758] WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**, cit., p. 417 e ss.
[1759] ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**, cit., p. 331.
[1760] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 421 e ss.
[1761] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**, cit., p. 92.

É bem verdade que, no campo da nulidade, alguns desses indícios apontados pela doutrina administrativista podem constituir fundamento, por si só, suficiente para invalidar o ato administrativo, como é o próprio caso da inexistência dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada.

Seja como for, nessas hipóteses, o fato base sobre o qual repousa a presunção judicial deve ser devidamente provado no processo.[1762] Assim, por exemplo, para se alcançar a presunção judicial de que o móvel do agente público está viciado, há de se provar no caso concreto a existência de desigualdade de tratamento dispensada pela administração aos administrados.

De todo modo, um exemplo prático da jurisprudência pode ajudar a visualizar como o móvel do agente se insere na produção do ato administrativo e sua prova no processo civil por meio de uma presunção judicial.

Com efeito, em hipótese na qual se discutia a nulidade de ato administrativo de transferência de agente público de uma unidade para outra por desvio de finalidade, o TJ/SP, após interposição de recurso, entendeu por bem manter a nulidade do ato declarada pelo juízo de primeiro grau. No caso concreto, um dos indícios que levaram ao reconhecimento do desvio de poder foi o fato de que a autoridade administrativa justificou o ato praticado na necessidade de remanejamento de pessoal, sem, no entanto, apresentar qualquer explicação a respeito das vagas existentes em cada um dos postos de trabalho ou de eventuais fatos que justificassem a necessidade de transferência do servidor. Outro indício apurado no mesmo processo, que de certo modo se liga ao indício supramencionado, é o fato de que somente se verificou dois atos administrativos de transferência de agentes públicos: o do autor e outro agente público.[1763]

À guisa de conclusão ao tópico, é interessante notar, como destaca Michele Taruffo[1764], que por vezes a própria legislação se adianta e presume a ocorrência do estado subjetivo diante da presença de outro fato.

Trata-se, ao fim e ao cabo, da criação de presunções legais, por meio das quais o ordenamento passa a presumir a existência de um dado estado subjetivo, na presença de um fato, para a produção de certos efeitos jurídicos perseguidos. No caso específico do

---

[1762] FORIERS, P. Présomptions et fictions, cit., p. 9.
[1763] TJ/SP; 1ª Câmara de Direito Público, Apl. n° 1002552-24.2021.8.26.0053; Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez; Julgado em 09/06/2022; DJe 09/06/2022.
[1764] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 161 e 162.

Direito Administrativo, pode o ordenamento presumir o vício no móvel do agente, em determinadas práticas administrativas, na presença de outro fato.

É a hipótese, por exemplo, do art. 7°, inciso III, da Lei Federal n° 13.133/2021 (nova lei geral de licitações e contratos administrativos), em que fica vedado à autoridade competente de designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da mencionada lei, que sejam cônjuges, companheiros ou que mantenham vínculo de parentesco colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou ainda que mantenham vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil, com os licitantes.

Ou seja, a legislação em tela dispensa a prova de conluio entre a autoridade competente nomeada e o licitante, bastando a prova das situações ali elencadas (por exemplo, o parentesco) como suficientes para ensejar a invalidação da nomeação no âmbito da licitação.

6.8.3. Controle das presunções judiciais no processo

Conforme visto, o móvel do agente público por ocasião da prática de um ato administrativo pode ter relevância jurídica, inclusive nos casos em que se discute desvio de finalidade, o que atrai a incidência da necessidade de sua prova no processo judicial. Também como visto, a presunção judicial é o principal mecanismo para a prova de estados subjetivos, notadamente quando a legislação não se adianta e presume a ocorrência do estado subjetivo, na presença de outro fato, por meio da criação de presunções legais.

No tema das presunções judiciais, problema que se põe em foco é sobre o seu controle no processo. Haja vista que, por se tratar a presunção judicial de raciocínio que ocorre na mente do juiz, carece em geral de regulamentação pelo ordenamento.[1765]

Para além disso, há uma série de celeumas que envolvem as regras ou máximas de experiências utilizadas pelo juiz como base para formação da presunção judicial, as quais frequentemente nem sequer são formuladas no processo[1766], para além de se

[1765] Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 471; VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile - Profili di teoria generale, cit., p. 26.
[1766] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**, cit., p. 699.

revelarem, no mais das vezes, preconceitos ou pseudorregras sem qualquer base empírica.[1767]

O primeiro passo do controle da presunção judicial diz respeito ao próprio fato base: deve ser devidamente provado no processo, o que exclui, portanto, a elaboração de uma presunção judicial a partir de um fato base esclarecido por simples "suspeita" ou "intuição" do juiz.[1768]

De outro lado, a regra de experiência deve ser trazida ao processo pelo juiz[1769], em observância ao contraditório e à vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC), constituindo o melhor momento processual para fazê-lo na decisão de saneamento do processo.[1770] Nessa hipótese, mais do que somente trazer ao processo, deve o juiz, por ocasião da tomada de decisão, demonstrar que a regra de experiência ainda se mantém naquela comunidade da qual se extrai.[1771]

Ainda no tema das regras de experiência, o art. 375 do CPC possibilita o uso também de regras de experiência de natureza técnica, ressalvado, todavia, o exame pericial. A interpretação a ser conferida ao dispositivo em tela vai no sentido de que a regra de experiência técnica deve ser comum a todos; do contrário, caso seja uma regra de conhecimento exclusivo de uma expertise, ainda que o juiz seja conhecedor de tal regra, deve proceder à produção de prova pericial.[1772]

De todo modo, havendo conflito entre as regras de experiência técnicas e comuns, deve prevalecer a primeira, eis que, do contrário, ter-se-ia o uso de uma regra de experiência em desconformidade com o conhecimento científico, a violar a necessidade de que a decisão seja racional.[1773]

[1767] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 244.
[1768] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 153.
[1769] Como nos recorda Luigi Paolo Comoglio, faz parte do próprio princípio do contraditório a vedação que as decisões sejam tomadas a partir da "ciência privada" ou dos "conhecimentos privados" do juiz (COMOGLIO, Luigi Paolo. Poteri delle parti e ruolo del giudice nella fase istruttoria del processo civile ordinario. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Primo**, v. 108, p. 191–240, 1999. p. 193).
[1770] SCHMITZ, Leonard. **Presunções Judiciais - Raciocínio probatório por inferências**, cit., p. 288.
[1771] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 174 a 175.
[1772] Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 297 e DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**, cit., p. 78.
[1773] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 176.

Afasta-se ainda a conclusão de que a regra de experiência empregada pelo juiz deve necessariamente ser observada pelo órgão revisor, a não ser que haja prova em sentido contrário.[1774] Isso, pois o Tribunal, composto igualmente por juízes, inclusive em geral mais experientes, também se valerá de sua experiência de vida para aplicação da norma jurídica.[1775]

De outro lado, a inferência lógica realizada a partir da regra de experiência e do indício, que pode ser feita de ofício[1776], também deve ser trazida ao processo para as partes se manifestarem, em observância ao contraditório e à vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC).[1777-1778] Exige-se, ainda, a observância do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (art. 371 do CPC), o que implica afirmar que o juiz deve fundamentar a inferência de maneira racional e detalhada.[1779]

Como adverte Adrian Zuckerman[1780], as regras de experiência, ao fim e ao cabo, são moldadas segundo a classe, gênero, idade, nacionalidade, religião etc das pessoas que as formulam. Inclusive, aludidas regras são relativas ao espaço e tempo do qual são extraídas.[1781] Isso leva, consequentemente, a uma enorme variação de significados entre as regras de experiência usadas no raciocínio probatório por cada indivíduo.[1782]

Daí o porquê de se afirmar que o grau de certeza de uma inferência lógica se alicerça no valor cognoscitivo das premissas adotadas no raciocínio[1783], notadamente da

---

[1774] STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**, cit., p. 128.
[1775] *Ibid*.
[1776] Nesse sentido, coloca Miguel Teixeira Sousa que: "a inferência entre o facto probatório e o facto probando opera *ex officio*, ou seja, o tribunal deve inferir o facto probando do facto probatório sem necessidade de qualquer solicitação das partes, dado que essa inferência integra a competência decisória do tribunal sobre a matéria de facto" (SOUSA, Miguel Teixeira. **A prova em processo civil**, cit., p. 99).
[1777] Nesse sentido: FERRAND, Frédérique. Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé europeen. **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n° 2, p. 345–369, 2000. p. 348 e 349; SCHMITZ, Leonard. **Presunções Judiciais - Raciocínio probatório por inferências**, cit., p. 288.
[1778] Como nos recorda Luigi Paolo Comoglio: "L'esigenza di prevenire anche nella formazione del *giudizio di fatto* qualsiasi opzione giudiziale per una 'terza via', non conosciuta, percepita o discussa previamente dalle parti in contradditorio tra loro, impone che quest'ultimo sia tempestivamente esteso, altresì, a quei fatti non bisognosi di prova (…), sui quali il giudice può comunque fondare il giudice può 'trarre' le idonee 'conseguenze' per 'risalire' alla sussistenza dei fatti 'ignorati'. L'omessa instaurazione di quel contraddittorio, in ogni caso, configura vizi *in procedendo* ed errori decisori, che sono denunziabili avanti agli organi giurisdizionali di gravame, secondo le modalità e le forme dei diversi mezzi di impugnazione" (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa, cit., p. 136).
"[1779] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 174.
[1780] ZUCKERMAN, Adrian. No Justice Without Lawyers—The Myth of an Inquisitorial Solution, cit., p. 363.
[1781] *Ibid*.
[1782] *Ibid*.
[1783] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 242.

correção das regras de experiência utilizadas.[1784] Assim, Michele Taruffo[1785] estabelece quatro tipos de graus racionais de confirmação da inferência lógica, a seguir visto, os quais podem servir de baliza para racionalizar o discurso em torno das presunções judiciais.

Em primeiro lugar, há inferências lógicas alicerçadas em regras de experiência comum que correspondem a leis científicas de caráter universal, ou seja, como visto acima, baseadas em uma regra de experiência técnica.[1786] Afirma Michele Taruffo[1787] que, em tais hipóteses, a conclusão obterá caráter de certeza dedutiva.

De outro lado, há situações em que a inferência lógica se alicerça na experiência comum, constituindo assim uma generalização não universal que implica alto nível de probabilidade de frequência estatística.[1788] Afirma o autor italiano que, nesse caso, a inferência será altamente confiável, com caráter de certeza prática.[1789]

Em outras hipótese, a inferência lógica se baseia em senso comum que exprime a normalidade de certos acontecimentos.[1790] Afirma Michele Taruffo[1791] que em tais circunstâncias a inferência lógica não terá caráter dedutivo, produzindo conclusões com grau variado e de confiabilidade não tão alto.

Por fim, há casos em que a inferência lógica se baseia em regras de experiência sem qualquer fundamento na realidade. Trata-se, em verdade, de preconceitos dos mais variados gêneros, resultando em conclusões equivocadas e carentes de qualquer grau de confirmação considerável.[1792]

Percebe-se, então, que o grau de certeza que se atribui à presunção judicial pode variar. Aduz Michele Taruffo[1793], no entanto, que mesmo quando duvidosa, nada impede que a presunção judicial seja avaliada em conjunto com outras provas produzidas no processo para esclarecimento da questão fática.

[1784] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 153.
[1785] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 242 e ss.
[1786] *Ibid*., p. 242.
[1787] *Ibid*.
[1788] *Ibid*.
[1789] *Ibid*.
[1790] *Ibid*.
[1791] *Ibid*.
[1792] *Ibid*., p. 243.
[1793] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**, cit., p. 473.

6.9. A prova dos atos administrativos abstratos locais

Traz-se no presente tópico o tema da prova de atos administrativos abstratos, ou seja, aqueles atos produzidos pela administração pública que tem natureza abstrata, compreendida esta como "uma norma que regula uma ação-tipo (ou uma classe de ações)".[1794] Em outras palavras, aqueles atos administrativos por meio dos quais são previstas reiteradas e infindas aplicações.[1795]

Convém dentro do tópico rememorar, tal como adverte Norberto Bobbio[1796], que a abstração das normas não se confunde com a generalidade: esta última diz respeito às normas que se destinam a uma classe de pessoas. Percebe-se, portanto, que as normas gerais se contrapõem às normas individuais, ao passo que as normas abstratas se opõem às concretas.[1797] Nada impede, por exemplo, um ato administrativo geral e concreto, a exemplo do edital do concurso público ou do ato que concede férias coletivas aos agentes públicos.[1798]

Aludidos atos são frutos de um *poder regulamentar* da administração, isto é, o poder (ou dever-poder) que a administração tem para expedir atos, obrigatórios, que regulam situações abstratas.[1799] São exemplos comuns no cotidiano: os decretos, regulamentos, as instruções normativas, os regimentos, as resoluções, as deliberações etc.[1800]

Os atos administrativos abstratos também são comumente denominados pela doutrina e jurisprudência de atos *normativos*, sem se olvidar, como aponta Ricardo Marcondes Martins[1801], que os atos administrativos *concretos* também são normas, daí o porquê de se afirmar que a mencionada nomenclatura não é das mais precisas.

Em que pese o fenômeno probatório tenha profunda relação com os atos administrativos concretos, há sim em alguma medida relação entre o Direito Probatório e os atos administrativos abstratos, daí a razão de o tema ser enfrentado.

[1794] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito - tradução Denise Agostinetti**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174.
[1795] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 427.
[1796] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito - tradução Denise Agostinetti**, cit., p. 174.
[1797] *Ibid*.
[1798] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 428.
[1799] ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo. Vol I**, cit., p. 203.
[1800] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 203 e ss.
[1801] MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos, cit., p. 129.

Trata-se da incidência do art. 376 do CPC, *in verbis*: "A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar".

Em razão da máxima *iura novit curia,* parte-se no processo da premissa de que o juiz tem o dever profissional de conhecer e aplicar o ordenamento.[1802] Até porque, no caso específico brasileiro, assinala ainda o art. 3° da LINDB que: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

Deste modo, a princípio, como ninguém pode se escusar de cumprir a lei, alegando que não a conhece, e como não pode o juiz deixar de conhecer e aplicar o ordenamento, decorre, logicamente, a desnecessidade de o preceito jurídico invocado pelas partes ser provado no processo judicial.[1803]

É claro que, a despeito de o juiz conhecer o ordenamento e, ainda, ter o dever de aplicá-lo no caso concreto, é natural que as partes colaborem, trazendo ao processo, sempre que existentes, os preceitos jurídicos pertinentes ao caso discutido.[1804] Trata-se, no fundo, do raciocínio de "processo como um jogo" de Piero Calamandrei[1805], no qual o resultado de um dado processo, entre outros fatores, depende também da habilidade técnica das partes e advogados para fazer valer a boa aplicação do ordenamento no caso concreto.

Todavia, a despeito da máxima *iuria novit curia*, nada impede que o ordenamento preveja excepcionalmente a necessidade de prova dos preceitos jurídicos invocados pelas partes.[1806] A disposição normativa em tela faz sentido se se reconhecer a dificuldade que juízes podem ter em conhecer e aplicar legislações que não integram o

---

[1802] SENTÍS MELENDO, Santiago. **El juez y el derecho (iuria novit curia)**, cit., p. 42.
[1803] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 185.
[1804] Tal como esclarece Gian Antonio Micheli: "La parte asume, pues, una particular posición respecto del juez, cuando se trate de asistirlo en la búsqueda de una norma jurídica desconocida para él; posición que se manifiesta autónomamente respecto de la actividad probatoria de la parte misma, dando lugar a una actividad de asistencia, procesalmente relevante, y que representa el ejercicio de un poder, idéntico en la sustancia a aquel que se reconoce a la parte la prueba de los hechos de la causa" (MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 134).
[1805] CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. Collana La Memoria Del Diritto**, cit., p. 537 e ss.
[1806] SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 42. O autor português traz ainda como exemplo o art. 348, n.°1, do CC português, que determina que aquele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro tem o ônus da prova da existência e conteúdo da norma invocada.

ordenamento jurídico federal, notadamente quando o acesso a tais atos locais nem sempre é fácil.[1807]

Tome-se, como exemplo, um específico ato administrativo abstrato expedido por uma autarquia estadual voltado a regular situações exclusivamente internas, tal como uma resolução que regula o banco de horas tão somente de seus agentes públicos autárquicos. De fato, com exceção da hipótese em que aludida autarquia tem um volume de processos grande sobre o mesmo assunto em um dado Tribunal, parece correto afirmar que dificilmente um juiz conheceria legislação tão específica.

No caso brasileiro, a partir da leitura do art. 376 do CPC, o que se tem é a necessidade de prova do teor e vigência do direito municipal e estadual (e também estrangeiro e consuetudinário, mas que não vem ao caso), se assim o juiz determinar. Se o magistrado não determinar a prova, com ele permanecerá o dever de conhecer e aplicar o preceito jurídico, ainda que verifique desconhecer o direito local invocado pouco antes da sentença.[1808]

Percebe-se que não se prova propriamente o Direito, mas sim a existência de um dado texto legal ou do fato do texto legal estar vigente.[1809] Sem embargo, no caso da prova da vigência, pode se tratar de prova difícil, já que, às vezes, como pondera Moacyr Amaral Santos[1810]: "trata-se mesmo de pura questão de interpretação (...)".

Ao trazer o CPC o termo *direito municipal e estadual*, entende-se que estão incluídos também os atos administrativos abstratos. A uma, já que o dispositivo em comento não se refere exclusivamente à lei produzida pelo Poder Legislativo. A duas, porque atos administrativos também integram o Direito, como há muito ensina Hans Kelsen.[1811] A três, porque, aliás, com mais razão se entender que o art. 376 do CPC compreende também os atos administrativos abstratos, dado que nem sempre tais normas são de fácil acesso ou conhecimento[1812], ao menos se comparado com as leis produzidas pelo Poder Legislativo.[1813]

[1807] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 75.
[1808] É o entendimento defendido por Pontes de Miranda, em comentário ao art. 337 do CPC/1973, com redação muito próxima ao vigente art. 376 do CPC/2015 (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**, cit., p. 284).
[1809] Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 63; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de processo civil comentado**, cit., p. 639.
[1810] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 196.
[1811] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, cit., p. 290 a 295.
[1812] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 1019.
[1813] Sobre o tema, inclusive, pondera Eduardo García de Enterría que a administração pública é um "péssimo legislador". Entre outros problemas, o autor aponta a falta de planejamento da administração

A questão que a partir daí surge é sobre a consequência jurídica na hipótese em que a parte não logra provar o teor e a vigência do direito municipal ou estadual invocado, uma vez exigido pelo magistrado. Pondera Eduardo Cambi[1814] que o dispositivo não cria regra de ônus da prova, mas sim de colaboração processual, dado que, na visão do autor, o juiz não deixará de aplicar o preceito jurídico invocado em razão de a parte ter deixado de prová-lo. Mas, ao fim e ao cabo, se não comprovada a existência e a vigência da norma jurídica invocada, entende o autor que: "a decisão deve ser contrária à parte que apoiou suas alegações ao preceito jurídico não averiguado".[1815]

De outro lado, reconhece William Santos Ferreira[1816] que, no fundo, o art. 376 do CPC atribui uma regra de ônus da prova à parte que alegar o direito municipal ou estadual. Trata-se da posição adotada no estudo, a qual, em termos práticos, vai ao encontro do entendimento de Eduardo Cambi, para quem, uma vez demandada a prova pelo juiz, a decisão deve ser contrária à parte que apoiou suas alegações no preceito jurídico não provado.

É interessante notar, como nos recorda Gian Antonio Micheli[1817], que há discussão na doutrina italiana sobre a existência ou não de um ônus de afirmar e provar as normas jurídicas da administração pública local em qualquer hipótese. Entendemos, no entanto, que o art. 376 do vigente CPC é claro no sentido de que a prova do direito estadual e municipal exige determinação prévia do juiz, de modo que a aplicação da regra de ônus somente surgiria se, após intimada, a parte não provar o teor e a vigência do preceito jurídico local invocado.

Nesse aspecto, inclusive, o art. 212 do CPC/1939 possuía redação com sentido inverso, *in verbis*: "Aquele que alegar direito estadual, municipal, costumeiro, singular

---

pública para a construção de um ordenamento geral e abstrato com vocação de permanência. Conclui ainda o mesmo o autor que: "Baste parar mientes en la impresionante salida diaria del 'Boletín Oficial del Estado' para comprobar lo que trato de indicar: la ocasionalidad, la imperfección, la fugacidad de las normas administrativas aparece plásticamente, de una manera difícilmente superable, en esos inmensos rimeros que son las colecciones de 'Gacetas', ordinariamente acumulados en algún sótano o en algún pasillo de los viejos edificios del Estado. ¡Qué lejos, en efecto, del 'sagrado depósito de las leyes', de la emoción sacral que el hombre antiguo tenía ante las leges patrum, las leyes de los padres, incluso del sabor añejo y depurado que mantienen las colecciones de sentencias como expresión de una serena, viva y prudente majestad de Derecho!" (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), cit., p. 77 e 78).

[1814] CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**, cit., p. 62 e 63.

[1815] *Ibid*.

[1816] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 1019.

[1817] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 136, nota de rodapé n° 70.

ou estrangeiro, deverá provar-lhe o teôr e a vigência, salvo se o juiz dispensar a prova".[1818] Tanto é que Moacyr Amaral Santos[1819], à época, tecia fortes críticas ao dispositivo em comento. Ensinava o autor que: "O critério adotado pelo Código vigente, por demais rigoroso, não é o mais acertado. A necessidade de provar-se esse direito não deveria ser a regra, mas sim a exceção".[1820]

De outro lado, também entende Gian Antonio Micheli[1821] que todo os meios de prova são admitidos para a comprovação do preceito jurídico invocado. De fato, o art. 376 do CPC acima citado não traz em seu bojo nenhum meio de prova específico para a comprovação do direito local.

Trata-se de tema interessante e que, mais uma vez, revela a interrelação dos planos material e processual, haja vista que não se pode olvidar que o Direito Administrativo exige, nos casos dos atos administrativos abstratos, a formalização e sua publicação como regra.[1822]

De fato, como regra geral, o ato administrativo, seja ele concreto ou abstrato, assume a forma escrita, dada a necessidade de publicação, garantia de certeza e segurança jurídica.[1823] Ou seja, a forma escrita é o modo regular pelo qual se instrumenta e se conhece a vontade administrativa.[1824]

Com mais razão ainda o ato administrativo abstrato assumir a forma escrita, uma vez que se trata de ato que prevê reiteradas e infindas aplicações. Seria, portanto, de duvidosa validez o ato administrativo abstrato não escrito e não publicado.

[1818] Sobre o dispositivo em comento, ensina Moacyr Amaral Santos: "Pela maneira por que foi redigido o artigo citado, sempre há necessidade de provar-se o direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro, *salvo se o juiz dispensar a prova*. De tal forma, a prova dêsse direito é obrigatória, exceto se dispensá-lo o juiz, pelo conhecimento que a respeito tenha" (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 187).

[1819] *Ibid*.

[1820] *Ibid*.

[1821] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**, cit., p. 135.

[1822] Daí inclusive entenderem João Batista Lopes e Maria Elizabeth Castro Lopes que o dispositivo em comento tem pouca aplicação prática, dado que: "No que toca ao direito estadual, em geral, sua prova é dispensada em razão da facilidade de consulta à imprensa oficial ou a publicações particulares credenciadas. Por igual, nas capitais dos Estados e em outras grandes cidades, a legislação municipal é normalmente publicada em órgãos oficiais, de modo a espancadas possíveis dúvidas levantadas no processo" (LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria geral da prova**, cit., p. 100).

[1823] Nesse sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, cit., p. 567; FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**, cit., p. 480; VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 170; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 217.

[1824] DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**, cit., p. 779.

De modo que parece correto afirmar que a prova documental é o meio de prova hábil para demonstrar o teor e a vigência do direito estadual ou municipal invocado, como há muito pondera Pietro Virga[1825] no próprio âmbito do Direito Administrativo.

De fato, parece suceder na hipótese o raciocínio ventilado por Carmen Vázquez Rojas[1826], no sentido de que o sistema de prova legal sobreviveu em termos práticos, ou seja, naqueles casos concretos em que se observa, ainda que o ordenamento assim não assinale, que a prova documental é o único meio de prova disponível em termos práticos para o esclarecimento da questão fática.

Veja-se, por exemplo, a lição de Moacyr Amaral Santos[1827] sobre a comprovação do direito local: "a prova da lei municipal poderá ser feita por meio de qualquer documento fidedigno (...) por exemplo, o jornal oficial do município, a coleção de leis municipais, certidão fornecida pela repartição municipal competente, etc".

Na mesma esteira, esclarece Cândido Rangel Dinamarco[1828] que a prova do direito local invocado deve ser feita mediante certidões ou mesmo extratos de publicação.

Também William Santos Ferreira[1829] deixa claro que a prova documental é o meio adequado para comprovação do direito local, ao afirmar que:

> A prova é feita por meio de certidões dos órgãos públicos competentes (especialmente quando a portarias, autorizações, decretos etc.) ou, como é mais comum, por cópia do Diário Oficial ou de reportório legislativo, dentre outros meios idôneos, como atualmente a consulta a sites da internet, especialmente aqueles ligados ao Poder Público que podem ser consultados por qualquer um.

6.10. A prova e o ato administrativo em procedimentos específicos

O capítulo tem a finalidade de discutir outras repercussões da prova em procedimentos específicos por meio dos quais são discutidos atos administrativos.

Serão assim abordadas a seguir as repercussões probatórias do ato administrativo nos juizados especiais da fazenda pública, no mandado de segurança e na execução fiscal.

[1825] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**, cit., p. 185.
[1826] VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, cit., p. 34.
[1827] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**, cit., p. 197.
[1828] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**, cit., p. 75.
[1829] FERREIRA, William Santos. Das Provas, cit., p. 1019.

6.10.1. Dever de a fazenda pública apresentar documentos nos juizados especiais

Já há muito tempo Mauro Cappelletti e Bryant Garth[1830] colocam como obstáculos ao acesso à justiça, entre outros, os custos envolvidos no litígio - notadamente naquelas causas que envolvem somas relativamente pequenas, já que o custo da demanda pode inclusive superar o da controvérsia-, a demora do processo e a excessiva formalidade.

No Brasil, um dos instrumentos propostos para superar aludidas barreiras foram os juizados especiais, previstos nos artigos 24, inciso X, e 98, inciso I, ambos da CF, cuja competência se volta para a resolução de causas de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.[1831] A concretização dos juizados especiais se deu no plano infraconstitucional a partir da Lei Federal n° 9.099/1995.

Com a considerada boa experiência dos juizados especiais é que se criaram os juizados especiais da fazenda[1832], federais e para os demais entes federativos, os quais tiveram desde sua origem a finalidade de facilitar e simplificar o acesso ao Poder Judiciário nas demandas em que é parte a fazenda pública, em claro prestígio ao acesso à justiça.[1833]

À vista disso, considerando o objetivo proposto, ponto interessante ainda a ser tratado se refere ao dever que a administração pública tem, nos juizados especiais da fazenda pública, sejam eles federais ou não, de fornecer a documentação que disponha para o esclarecimento da causa, até a instalação da audiência de conciliação (art. 9° da Lei Federal n° 12.153/2009 e art. 11 da Lei Federal n° 10.259/2001).

De fato, com as exceções dos óbices previstos no art. 2°, §1°, incisos I a III, da Lei Federal n° 12.153/2009 e art. 3°, §1°, incisos I a IV, da Lei Federal n° 10.259/2001, nada impede que nos juizados especiais da fazenda, federais ou não, se discutam atos

---

[1830] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça - Tradução Ellen Gracie Northfleet**, Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15 e ss.

[1831] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre a competência dos juizados especiais cíveis federais. **Revista de Processo**, v. 173, p. 33–53, jul./2009. p. 1; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Os processos nos Juizados Especiais, Cíveis Estaduais, Federal e da Fazenda Pública**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 8.

[1832] ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais. Teoria e prática.**, São Paulo: Barueri, 2022. p. 7.

[1833] CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais da fazenda pública: Lei n. 12.153/2009 - comentada artigo por artigo**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

administrativos, inclusive questões atinentes à existência ou não dos fatos necessários à sua produção.

Nesse caso, tem-se interessante disposição normativa, sem paralelo no vigente Código de Processo Civil, que cria um dever de a administração apresentar toda a documentação que disponha para esclarecimento das questões fáticas pertinentes à causa até a instalação da audiência de conciliação.[1834]

Pouco importa que o documento a ser trazido pela fazenda pública favoreça a parte contrária ou a própria administração pública: cria a lei o dever de o ente público trazer ao processo os documentos que disponha até que seja instaurada a audiência inaugural.[1835]

De fato, parece a legislação em tela seguir a lógica defendida por Michele Taruffo[1836], no sentido de que é muito mais efetivo, em termos probatórios, criar um dever de *disclosure*, por meio do qual cada parte deve produzir todas as provas relevantes que possua, ainda que produzam efeitos a elas desfavoráveis, do que manipular as regras de ônus da prova, como ocorre com a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Seja como for, sobre o tema, a primeira pergunta que se coloca é sobre se a leitura do precitado dispositivo normativo invoca ou não uma regra especial de ônus da prova em relação à fazenda pública.

A princípio, não há uma regra especial de ônus da prova.[1837] O que há, em realidade, é um dever de a administração de fornecer a documentação que disponha, mas que, uma vez fornecida, em nada altera o quadro de ônus da prova pré-estabelecido.[1838]

[1834] Em que pese seja comum se ouvir falar de prerrogativas em favor do poder público em juízo, trata-se de curiosa hipótese em que se criou um dever exclusivamente à administração. Vale nesse contexto citar o ensinamento de Georges Vedel, o qual, embora proferido exclusivamente no âmbito do Direito Administrativo, parece aqui aplicável, guardada as devidas proporções: "La administration s'opère normalement par de procédés de puissance publique. Mais, en certains cas, l'accomplissement de sa mission est facilite par l'abandon de ses prérogatives" (VEDEL, Georges. **Droit Administratif**, cit., p. 28).

[1835] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 242.

[1836] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**, cit., p. 267.

[1837] Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 241; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 220.

[1838] GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Os processos nos Juizados Especiais, Cíveis Estaduais, Federal e da Fazenda Pública**, cit., p. 283.

Caso, porém, não forneça os documentos que disponha, não apresenta a legislação em tela a consequência ou sanção jurídica. Parcela da doutrina entende que, ao fim e ao cabo, não juntada aos autos a documentação que a administração disponha, serão considerados verdadeiros os fatos alegados pela parte autora (presunção legal relativa)[1839], constituindo, assim, uma previsão específica da própria exibição de documentos prevista no art. 396 do CPC.[1840]

Ou seja, a omissão do ente público em tal hipótese impõe se considere presumidas as alegações que o autor realizou e que pretendia ver provadas com os documentos não trazidos aos autos.[1841]

Percebe-se, por conseguinte, que a incidência da presunção legal relativa em tela está condicionada à argumentação fática do autor se basear em documentação que o poder público esteja de posse.[1842]

Há, no entanto, que se reconhecer possível conflito entre a presunção de veracidade em razão da não juntada dos documentos pela administração e a própria presunção de veracidade dos atos administrativo.[1843] Nesse caso, surge a questão sobre qual das presunções deve prevalecer no caso concreto.

Antes mesmo de se adentrar ao complicado tema das presunções, talvez seja o caso de verificar no caso concreto se a ausência da documentação que a administração pública disponha não impõe seja a problemática resolvida por meio da teoria de nulidades do ato administrativo.

Afinal, uma vez ser relevante verificar se o ato administrativo foi produzido segundo um adequado processo administrativo, até para o ato presumir-se legítimo e veraz, é natural que a administração pública tenha que trazer a documentação pertinente que disponha para tanto.

[1839] Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 242; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 220; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais da fazenda pública: Lei n. 12.153/2009 - comentada artigo por artigo**, cit., p. 15; SOUZA, Marcia Cristina Xavier. **Juizados Especiais Fazendários**, Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120.

[1840] Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 243; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 220.

[1841] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 243.

[1842] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 220.

[1843] *Ibid*., p. 221.

De outro lado, constituindo o dever de a fazenda pública trazer documentos nos juizados especiais uma previsão específica da própria exibição de documentos[1844], aplicável na hipótese as disposições do art. 396 e seguintes do CPC, notadamente o art. 400 do CPC, que franqueia ao juiz a possibilidade de adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido, medidas estas preferíveis a simples aplicação das regras de ônus ou presunção, dada a necessidade de se buscar a verdade por meio da atividade instrutória.[1845]

Caso o Direito Administrativo e as medidas adotadas pelo juiz com fundamento no art. 400 do CPC não solucionem a celeuma, permanece a indagação sobre qual presunção de veracidade (se a presunção decorrente da ausência de apresentação dos documentos ou a do ato administrativo) deve permanecer no caso concreto.

Sustentam Lucas Buril de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto[1846] que não há solução prévia, devendo o conflito ser resolvido com a análise do caso concreto. Embora sem se reportar ao específico caso ora trazido, defendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[1847] solução parecida à anteriormente trazida para qualquer tipo de conflito entre presunções legais relativas.

No entanto, entende-se no estudo que prevalece a presunção gerada em razão da não apresentação de documentação pela fazenda pública. E isso, porque o juizado especial da fazenda pública já constitui procedimento voltado a lidar exclusivamente com o poder público em juízo, de modo que parece ser correto afirmar que a lei em tela, ao estipular o dever de apresentar os documentos, já foi pensada levando em conta a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Para além disso, forçoso reconhecer que a interpretação que afaste a presunção de veracidade em desfavor da fazenda pública na hipótese acabaria por tornar inócuo o

---

[1844] Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**, cit., p. 243; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 220.

[1845] Sobre o tema, convém lembrar a tese n° 1000 fixada pelo STJ no julgamento dos recursos especiais n° 1777553/SP e n° 1763462/MG, sob a relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino: "Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único, do CPC/2015".

[1846] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 223.

[1847] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**, cit., p. 168.

dever de *disclosure* criado pela legislação em comento, já que a ausência de aporte ao dos documentos a nada levaria.

Logo, forçoso concluir que prevalece a presunção gerada em razão da não apresentação de documentação pela fazenda pública em detrimento da presunção de veracidade do ato administrativo. Nessa hipótese, a fazenda pública, para elidir a presunção legal em tela, pode demonstrar que se insere em alguma das hipóteses de escusa da exibição do documento do art. 404 do CPC, ou apresentar a contraprova que afaste a presunção.[1848]

6.10.2. Direito líquido e certo no mandado de segurança

O mandado de segurança, atualmente regulado pela Lei Federal n° 12.016/2009[1849], é um instrumento constitucionalmente previsto voltado ao controle dos atos praticadas pela administração pública. Objetiva-se assim com o procedimento em tela, nas palavras de Hely Lopes Meirelles *et al*[1850]: "(...) a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (...)".

Portanto, percebe-se que o procedimento em questão guarda profunda ligação com o ato administrativo, servindo como um dos possíveis meios de controle judicial dos atos praticadas pela administração pública.[1851]

Fiel aos objetivos propostos, busca-se com a presente seção especificamente tratar do requisito de *direito líquido e certo*, o qual, como a seguir se verá, guarda profunda relação com o tema da prova.

Com efeito, a proteção do *direito líquido e certo* vem expressamente prevista na Constituição como objetivo do mandado de segurança, conforme os dizeres do art. 5°,

---

[1848] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**, cit., p. 221.

[1849] Sem prejuízo, é claro, da aplicação também dos dispositivos do CPC/2015 naquilo que for pertinente, como aprofundado em BUENO, Cassio Scarpinella. Os impactos do novo código de processo civil no mandado de segurança. **Revista de Processo**, v. 297, p. 235–269, nov./2019.

[1850] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**, 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 27.

[1851] Convém ressaltar que o mandado de segurança pode ser impetrado contra outros atos além dos administrativos. É o caso mesmo da possibilidade, ainda que excepcional, de impetrar mandado de segurança contra ato judicial. Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimentos especiais: peculiaridades procedimentais da ação civil pública, do mandado de segurança e da ação de consignação em pagamento. **Revista de Processo**, v. 172, p. 325–337, jun./2009. p. 4-versão digital; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, v. 682, p. 7–23, ago./1992.

inciso LXIX, *in verbis*: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Além disso, o requisito em tela também vem expressamente reproduzido no âmbito infraconstitucional, conforme o art. 1° da Lei Federal n° 12.016/2009.

Por exclusão expressamente prevista na Constituição Federal, já se nota que não está compreendido no âmbito do *direito líquido e certo*, para fins de impetração de mandado de segurança, aqueles direitos subjetivos alcançados pelos habeas-corpus e habeas-data.[1852]

A despeito da expressão que se atribuiu na Constituição e na precitada legislação infraconstitucional, a doutrina tem o entendimento consolidado atualmente no sentido de que *direito líquido e certo* se relaciona profundamente com questões fáticas e sua prova no processo.[1853]

Deste modo, assinala a doutrina que o requisito de *direito líquido e certo* se preenche quando a situação fática que permite invocar o direito ofendido ou ameaçado é provada de plano no mandado de segurança por meio de prova pré-constituída.[1854]

Daí ainda se afirmar que, conquanto a expressão *direito líquido e certo* possa induzir à ideia de *direito controvertido*, o conceito em tela está profundamente ligado ao Direito Probatório, pois o requisito exigido está ligado à necessidade de sua comprovação por meio de prova pré-constituída e não a maior ou menor complexidade da questão jurídica trazida ao judiciário.[1855]

[1852] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 34.

[1853] Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**, cit., p. 37; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 235; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94; WALD, Arnold. **Mandado de segurança na prática judiciária**, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 62; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, cit., p. 209; FRANCAVILLA, Enrico. **Mandado de segurança: teoria e prática**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282 e ss; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Manual de Processo Constitucional: Mandado De Segurança - Ação Civil Pública Ação Popular Habeas Data - Mandado De Injunção ADIN**, 4. ed. São Paulo: Almedina, 2021. p. 19 e ss.

[1854] Nesse sentido: FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, cit., p. 209; WALD, Arnold. **Mandado de segurança na prática judiciária**, cit., p. 62; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo**, cit., p. 61.

[1855] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo**, cit., p. 62.

Não por outro motivo o STF editou o enunciado n° 625 de sua súmula, no sentido de que: "Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança".

Sem embargo, o raciocínio em tela por vezes acaba por desaguar na conclusão de que se exige para preenchimento do requisito em tela prova cabal, demonstração absoluta ou inequívoca ou ainda prova que extirpe qualquer tipo de dúvida sobre a alegação de fato trazida no mandado de segurança.[1856]

Trata-se, todavia, de raciocínio que merece algum tipo de temperamento no Direito Probatório.

Como já tivemos oportunidade de defender na pesquisa, o raciocínio empírico é incapaz de alcançar resultados absolutos[1857], o que, de todo modo, também se aplica ao específico rito do mandado de segurança.

Na esteira do que pondera José Carlos Barbosa Moreira[1858], a levar a ideia de *direito líquido e certo* até as últimas consequências: "(...) seria muito difícil imaginar uma situação que se pudesse dizer ao abrigo de toda e qualquer controvérsia, de toda e qualquer contestação. Na prática do foro, a utilidade do mandado de segurança ficaria reduzida a quase nada (...)".

Em realidade, com o requisito em tela, questiona-se se a alegação de fato que originou o direito invocado no rito do mandado de segurança permite ou não sua demonstração por meio de apresentação de provas pré-constituídas.[1859]

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira[1860]: "A exigência é, na verdade, a de que o fato de que se afirma ter nascido esse direito seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído".

[1856] Nesse sentido esclarece Arnoldo Wald: "É preciso que o direito alegado pela parte esteja lastreado em fatos certos, provados documentalmente, com a petição inicial, de modo absoluto e evidente" (WALD, Arnold. **Mandado de segurança na prática judiciária**, cit., p. 125). De outro lado, Enrico Francavilla assinala: "E se a liquidez e certeza estão na impetração é porque o impetrante traz à ação do mandado de segurança os elementos todos que possibilitam a incidência da norma. É questão de demonstração, de capacidade de demonstrar, inequívocos, os elementos da incidência da norma invocada" (FRANCAVILLA, Enrico. **Mandado de segurança: teoria e prática**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 316).

[1857] Nesse sentido: POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**, London: Taylor and Francis, 2005. p. 4; FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**, cit., p. 133; SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**, cit., p. 21.

[1858] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: sexta série**, cit., p. 202.

[1859] *Ibid*.

[1860] *Ibid*., p. 203.

Resulta disso a impossibilidade de dilação probatória no procedimento do mandado de segurança[1861], com exceção da hipótese prevista nos §§1° e 2° do art. 6° da Lei n° 12.016/2009[1862] e de fato superveniente[1863]. A instrução, portanto, se concentra como regra no ato de impetração do mandado de segurança.[1864]

No fundo, a interpretação que se adota da expressão *direito líquido e certo* está intimamente associada às características de celeridade e agilidade que informam o mandado de segurança.[1865] O que se busca, por conseguinte, é uma proteção imediata do direito invocado, limitando-se o campo de admissibilidade das provas.[1866]

Na medida em que a interpretação da expressão *direito líquido e certo* se associa com a celeridade que se almeja com o procedimento, não parece ser correto afirmar que se exige para a impetração do mandado de segurança *standard* probatório ou modelo de constatação mais rígido.

O que se propõe, assim, é a necessidade de que as alegações de fato invocadas sejam provadas por prova pré-constituída, sem alteração da suficiência probatória exigida para que uma hipótese fática neste específico rito se considere provada, a afastar, portanto, a conclusão de que o fato alegado seja demonstrado de modo absoluto, inequívoco ou por prova cabal.

De outro lado, convém registrar que não necessariamente o *direito líquido e certo* se associa com a necessidade de que a prova pré-constituída a ser produzida seja de natureza documental. Como recorda Cassio Scarpinella Bueno[1867], o que é relevante para o preenchimento do requisito em tela é a possibilidade de apresentação de prova pré-constituída para comprovar o afirmado pelo impetrante e a desnecessidade de produção de outras provas no curso do processo.[1868]

[1861] WALD, Arnold. **Mandado de segurança na prática judiciária**, cit., p. 126.
[1862] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 235.
[1863] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**, cit., p. 38.
[1864] FRANCAVILLA, Enrico. **Mandado de segurança: teoria e prática**, cit., p. 283.
[1865] Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 235; BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, 44, p. 26–40, 1956. p. 34.
[1866] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: sexta série**, cit., p. 202.
[1867] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 235.
[1868] Parece adotar o mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, conforme o seguinte trecho: "As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial" (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**, cit., p. 37). Em sentindo contrário, o autor Leonardo Carneiro da Cunha, conforme o seguinte trecho de sua obra: "Significa que o mandado de segurança não admite outro tipo de prova, a não ser a documental. No particular, cumpre advertir que prova documental não se confunde com prova

De fato, como já visto no trabalho, as provas produzidas no processo administrativo, respeitados os requisitos legais, aportam no processo judicial como prova emprestada, assumindo a mesma natureza do meio de prova do processo em que originalmente colhida. Aludidas provas, em nosso sentir, podem servir para instruir o mandado de segurança.

Por derradeiro, note-se que a maior ou menor complexidade para comprovar a alegação de fato nada tem relação com a admissão do mandado de segurança. O importante, em realidade, é que independentemente da complexidade da situação fática alegada, a afirmação trazida possa ser provada por meio de prova pré-constituída.[1869]

6.10.3. A documentação que instrui a petição inicial na execução fiscal

O capítulo tem por objetivo discorrer sobre a documentação que instrui a petição inicial no rito da execução fiscal, notadamente a certidão da dívida ativa. Trata-se de outra hipótese em que os planos material e processual dialogam constantemente.[1870]

Constitui a execução fiscal, nos dizeres de Leonardo Carneiro da Cunha[1871]: "(...) um procedimento especial de execução fundada em título extrajudicial para a satisfação de quantia certa". Acresce ainda o mesmo autor que o procedimento em tela exige dois elementos: que o exequente seja a fazenda pública e o valor cobrado componha a dívida ativa.[1872]

A execução fiscal atualmente vem regulada pela Lei Federal n° 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal - LEF) e pelo CPC/2015.[1873] De um modo geral, é correto afirmar que os requisitos que normalmente se exigem na petição inicial foram facilitados pela LEF para o rito da execução fiscal.[1874]

De fato, segundo assinala o art. 6° da LEF, a petição inicial deve conter os seguintes elementos: (i) o juiz a quem é dirigida a petição; (ii) o pedido; (iii) o

---

documentada. O mandado de segurança somente é viável se houver prova documental, e não documentada. Assim, documentada que seja uma prova testemunhal ou pericial, não poderá ser utilizada como comprovação de direito líquido e certo" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 506 e 507).

[1869] WALD, Arnold. **Mandado de segurança na prática judiciária**, cit., p. 126.

[1870] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 460.

[1871] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 399.

[1872] *Ibid*.

[1873] *Ibid*.

[1874] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 462.

requerimento para a citação. De outro lado, consoante assinala o art. 6°, §1°, da LEF, a petição inicial deverá ser ainda instruída com a certidão da dívida ativa.

A dívida ativa, consoante reza o art. 2° da LEF, é aquela definida como tributária ou não tributária na forma da Lei Federal n° 4.320/1964 (legislação que estatui normas gerais de Direito Financeiro).[1875] Cuida-se de tratamento que se estende a todos os entes-federativos e respectivas autarquias e fundações públicas, mas não aos créditos das sociedades de economia mistas e das empresas públicas.[1876]

A dívida ativa da União, nos termos do art. 2°, §4°, da LEF, será apurada e inscrita pela Procuradoria da Fazenda Nacional. A despeito de o dispositivo tratar apenas da União, parcela da doutrina conclui que compete ao órgão de advocacia pública do respectivo ente público administrar a dívida ativa[1877], sem prejuízo de dispositivos específicos na legislação de cada ente-federativo nesse mesmo sentido. No caso do Estado de São Paulo, por exemplo, o art. 99 da Constituição Paulista expressamente atribui como função institucional da Procuradoria Geral do Estado promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa paulista.

A inscrição do crédito na dívida ativa, segundo assinala o §3° do art. 2° da LEF, constitui o ato de controle administrativo da legalidade, voltado para apurar a liquidez e a certeza do crédito. Trata-se de ato administrativo que não é emitido somente em interesse da administração pública, mas também em interesse do administrado, na medida em que evita sejam prosseguidas indevidas cobranças do poder público.[1878]

Convém registar que o ato de inscrição na dívida ativa não se confunde com o lançamento. Este último representa o ato administrativo individual e concreto que apura a ocorrência da hipótese de incidência e explicita ao devedor o montante que deverá ser pago.[1879]

[1875] O art. 201 do CTN, de outro lado, embora faça referência apenas ao crédito tributário, assinala que: "Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular".

[1876] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 21.

[1877] Nesse sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 534; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 36.

[1878] OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. O poder-dever da procuradoria da fazenda nacional de controlar a legalidade do crédito público da União ainda que após sua inscrição em dívida ativa e suas consequências. **Revista de Processo**, v. 125, p. 267-275, nov-dez, 2015. p. 1-versão digital.

[1879] Nas palavras de Roque Antonio Carrazza: "Esta definição legal põe em destaque que o lançamento não faz nascer a obrigação tributária, mas apenas declara seu montante, seu valor (...). Por isso mesmo, com base na lei, produz uma norma individual e concreta que explicita, para o contribuinte, o montante a pagar a título de tributo" (CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 479).

Há de se ter em mente, portanto, que a inscrição na dívida ativa ocorre depois do lançamento e, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho[1880]: "(...) é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os requisitos jurídico-legais dos atos praticados".

Sem embargo, mesmo com a inscrição na dívida ativa, não cessa o dever-poder do órgão competente em continuar a realizar o controle de legalidade do ato administrativo, podendo inclusive cancelar a inscrição da dívida ativa caso se observe a ausência dos requisitos necessários posteriormente.[1881] Trata-se de simples aplicação do dever-poder de autotutela da administração pública, o qual inclusive já foi cristalizado no enunciado n° 473 da súmula do STF.[1882]

Seja como for, a regular inscrição depende de anterior processo administrativo, em que se realiza a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, se apura o crédito, para ao final inscrevê-lo na dívida ativa, se o caso.[1883] Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno[1884]: "É por intermédio daquele processo que as realidades do plano material (a inscrição em dívida ativa) que justificam a inscrição da dívida em favor do Poder Público podem, validamente, ser transportadas para o plano do processo (a certidão de dívida ativa) (...)".

Assim, de um modo geral, instaura-se o processo administrativo, com a notificação do devedor para pagar o valor ou apresentar sua insurgência.[1885] Não efetuado o pagamento ou não apresentada a defesa, produz-se o ato administrativo de inscrição na dívida ativa após o controle de legalidade.[1886]

A ausência de processo administrativo leva à invalidação do ato de inscrição da dívida ativa.[1887] Daí o porquê de se afirmar que eventuais redirecionamentos de atos

---

[1880] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, cit., p. 534.
[1881] OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. O poder-dever da procuradoria da fazenda nacional de controlar a legalidade do crédito público da União ainda que após sua inscrição em dívida ativa e suas consequências, cit., p. 3-versão digital.
[1882] Reza o enunciado n° 473 da súmula do STF que: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".
[1883] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 28.
[1884] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 460.
[1885] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 400.
[1886] *Ibid*.
[1887] Assinala nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno que: "Assim, a constituição do título executivo extrajudicial que fundamenta a execução fiscal – e que baliza, como qualquer outro título executivo extrajudicial, a prática dos atos executivos, inclusive nos sentidos subjetivo e objetivo – pressupõe processo administrativo voltado à sua constituição. (...) É essa a razão (bastante) para entender nulo de pleno direito qualquer ato que queira alcançar pessoa (natural ou física) que não conste, desde o processo

executivos durante a execução fiscal exigem para sua efetivação prévia apuração no próprio curso do processo em que seja examinada, com a observância do contraditório e da ampla defesa, a responsabilidade dos devedores estranhos ao título original.[1888]

Inclusive, no tema do redirecionamento, com relevantes repercussões probatórias, o STJ firmou no julgamento do REsp n° 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos e no âmbito tributário, a orientação de que se o nome dos corresponsáveis não estiver incluído na certidão da dívida ativa, cabe à fazenda pública a prova da ocorrência de uma das hipóteses listadas no art. 135 do CTN; constando o nome na certidão da dívida ativa, prevalece a presunção de legitimidade do ato de inscrição na dívida ativa, competindo ao redirecionado a aludida prova.[1889]

Com o ato de inscrição do crédito na dívida ativa, expede-se a corresponde certidão. Assim, a certidão da dívida ativa apenas certifica a inscrição do crédito na dívida ativa.[1890] Em outras palavras, a certidão da dívida ativa certifica que um determinado crédito da administração pública passou pelo controle de legalidade realizado pelo órgão competente.[1891]

É dentro deste contexto que se afirma que constitui a certidão da dívida ativa o título executivo extrajudicial que autoriza o manejo da execução fiscal.[1892] Embora não seja o foco da presente seção, serve também a certidão da dívida ativa dos respectivos

---

administrativo de constituição da dívida, da própria certidão, que embasa a execução. Trata-se, em última análise, do brocardo latino nulla executio sine titulo que, em rigor, está estampado de modo suficientemente claro no art. 5º, LIV, da CF: ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal" (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 460). Vale destacar, no entanto, que a necessidade de prévio processo administrativo para inscrição na dívida ativa não implica afirmar que deve existir anteriormente um processo de natureza contenciosa para a inscrição do crédito na dívida ativa (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 29).

[1888] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**, cit., p. 460. Convém ainda citar trecho da obra de Leonardo Carneiro da Cunha sobre o assunto: "Não é possível simplesmente 'redirecionar' uma execução sem que sejam apurados os elementos subjetivos da responsabilidade, assegurados o contraditório e a ampla defesa" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 421).

[1889] STJ, 1ª Seção, REsp 1.104.900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25/3/2009, DJe 1/4/2009. O entendimento foi reafirmado, por exemplo, no julgamento do REsp. 1.734.072/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.05.2018, DJe 23.11.2018.

[1890] Como esclarece Paulo de Barros Carvalho: "Assim, produz a Fazenda seu título executivo extrajudicial: extraindo do livro de registro da dívida ativa a certidão da inscrição" (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, cit., p. 535).

[1891] OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. O poder-dever da procuradoria da fazenda nacional de controlar a legalidade do crédito público da União ainda que após sua inscrição em dívida ativa e suas consequências, cit., p. 3-versão digital.

[1892] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, cit., p. 400.

entes-federativos como o título hábil para protesto, na forma do art. 1°, parágrafo único, da Lei Federal n° 9.492/1997.

A certidão da dívida ativa conterá os mesmos elementos do termo de inscrição da dívida ativa (art. 2°, §6°, da LEF) o qual, por sua vez, deve abranger as seguintes indicações: (i) o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; (ii) o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; (iii) a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; (iv) a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; (v) a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e (vi) o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida (art. 2°, §5°, da LEF).

A certidão da dívida ativa, consoante dispõe o art. 2°, §8, da LEF, pode ser emendada ou substituída até a decisão de primeira instância, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.[1893] O dispositivo em tela levou o STJ a editar o enunciado n° 392 de sua súmula, no sentido de que: "a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo".

A despeito do enunciado supracitado, o STJ desenvolveu uma série de entendimentos sobre situações que permitem ou não a substituição ou emenda da certidão da dívida ativa no curso da execução fiscal. Por exemplo, o aludido Tribunal Superior julgou, sob o rito do recurso especial do art. 543-C do CPC/1973, que não se admite a simples substituição da certidão se a correção implicar em novo lançamento.[1894] Em outra oportunidade, embora o STJ considere como simples erro material a indicação equivocada de CPF na certidão da dívida ativa, julgou extinta execução fiscal que, por erro na indicação do CPF na certidão da dívida ativa, foi promovida em face de pessoa homônima, sob o fundamento de que: "(...) em caso de

[1893] O art. 203 do CTN tem redação semelhante, mas não idêntica, *in verbis*: "A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada".
[1894] STJ, 1ª Seção, REsp. 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009.

homonímia, só é possível verificar quem é o real executado por intermédio do CPF. Assim, tem aplicação a Súmula 392 do STJ (...)".[1895]

A certidão da dívida ativa assume grande relevância para o procedimento em questão. É que, para além de servir como título judicial que lastreia a execução, a petição inicial e a certidão de dívida ativa poderão constituir um único documento, segundo ainda assinala o §2° do art. 6° da LEF.

Ou seja, grande parte dos requisitos que normalmente são exigidos na petição inicial, nos mais diversos procedimentos, são facilitados pela LEF e complementados pela própria certidão da dívida ativa, que se considera parte integrante da petição inicial.[1896]

Problema que se coloca dentro do tópico diz respeito à documentação que deve acompanhar a petição inicial da execução. De fato, é interessante notar que a LEF não exige para a propositura da execução fiscal que a fazenda pública acoste aos autos as peças do processo administrativo inteiro que culminou na inscrição do crédito na dívida ativa. Ao contrário, exige apenas a juntada da certidão da dívida ativa (art. 6°, §1°, da LEF) que, por sua vez, deve conter o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida (art. 2°, §5°, da LEF).[1897]

Não à toa, o art. 6°, §3°, da LEF reitera que a produção de provas pela fazenda pública independe de requerimento na petição inicial. Daí o porquê de Araken de Assis[1898] afirmar que: "Bem ou mal, por conseguinte, a Lei 6.830/1980 postergou para etapa ulterior do procedimento a proposição da prova, haja vista que, na perspectiva do órgão judiciário, permanece íntegra a possibilidade de admiti-la ou não".

E dentro deste tópico, não se pode ignorar que o próprio STJ tem se inclinado no sentido de que a fazenda pública está dispensada de apresentar documentos além daqueles exigidos na LEF para a propositura da execução fiscal. Como exemplo, tem-se inclusive o enunciado n° 559 da súmula do STJ, no sentindo de que a fazenda pública não precisa instruir a petição inicial com o demonstrativo de cálculo, eis que se trata de

---

[1895] STJ, 1ª Turma, REsp 1279899/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18.02.2014, DJe 11.03.2014.
[1896] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 68.
[1897] Como esclarece Renato Lopes Becho a respeito da execução fiscal: "Seu procedimento é bem simples. Apresentemos seus pontos principais, resumidamente, para indicar referida simplicidade, que são os seguintes: (1) uma petição inicial e documentos simples e padronizados (certidão da dívida ativa – CDA); (2) ajuizamento e distribuição, quando for o caso de haver mais de um juízo competente; (3) despacho judicial ordenando a citação para pagar, sob pena de sofrer invasão patrimonial pela penhora" (BECHO, Renato Lopes. **Execução fiscal: análise crítica**, São Paulo: Noeses, 2018. p. 40).
[1898] ASSIS, Araken de. **Manual da execução**, 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1461.

requisito não previsto no art. 6° da LEF. Também já decidiu o STJ que é desnecessária a apresentação do termo de inscrição da dívida ativa, por inexistir previsão legal nesse sentido.[1899]

No fundo, tal como esclarece Hugo de Brito Machado[1900], o rito da execução fiscal, a princípio, não se volta a constituir ou declarar o crédito da fazenda pública; ao revés, busca-se com o procedimento em tela a efetivação deste a partir da certidão que atesta a inscrição do débito na dívida ativa, a qual se presume relativamente legítima por força de lei (art. 3° da LEF e art. 204 do CTN).

O fato de a LEF permitir que a petição inicial no rito da execução fiscal possa ser apresentada apenas acompanhada da certidão da dívida ativa não implica afirmar que as provas produzidas no processo administrativo, por meio das quais as circunstâncias fáticas deveriam ter sido apuradas pela administração pública, não serão aportadas aos autos eventualmente no curso da execução fiscal.

Com efeito, o art. 16 da LEF concede ao executado a possibilidade de ofertar embargos à execução fiscal (sem prejuízo das demais ações que podem ser ofertadas pelo executado para questionar o lançamento), no qual uma série de diferentes defesas poderão ser suscitadas, inclusive questionando o ato de inscrição da dívida ativa sob aspectos probatórios.

Sob um ponto de vista probatório, é bem verdade que o art. 3° da LEF[1901] assinala que a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, sendo certo que o parágrafo único do precitado dispositivo esclarece que se trata de presunção legal de natureza relativa[1902]. Semelhante é também a redação do art. 203, *caput* e parágrafo único do CTN[1903], o que levou inclusive parcela relevante da doutrina e jurisprudência ao entendimento de que o ônus da prova em processo no qual se objetiva a desconstituição do lançamento é do executado.[1904]

[1899] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 198.239/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13.11.2012, *DJe* 23.11.2012

[1900] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**, 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 479.

[1901] Art. 3° da LEF: "A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez".

[1902] Parágrafo único do art. 3° da LEF: "A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite".

[1903] Art. 204: "A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída". Parágrafo único: "A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite".

[1904] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**, cit., p. 249.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de previsão específica da já examinada presunção de legitimidade dos atos administrativos.[1905]

Embora concordemos com a distribuição do ônus na hipótese ao executado, isso não impede, com a oferta dos embargos de execução, que seja discutido o processo administrativo que levou à inscrição do crédito na dívida ativa, o que naturalmente leva à necessidade de que sejam aportadas aos autos as provas produzidas no âmbito administrativo.

Afinal, como já tivemos oportunidade de tratar, as presunções legais de natureza relativa não surgem do vácuo. Consoante aduzem Jerzy Wróblewski[1906], Chaïm Perelman[1907] e Marina Gascón Abellán[1908], as presunções legais relativas são normas jurídicas que obrigam o julgador a reconhecer uma dada conclusão na presença de um fato ou estado de coisas e a ausência de prova contrária.

No caso da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, demanda-se a existência de uma correta processualidade anterior à produção do ato administrativo.[1909] Nas palavras de Marçal Justen Filho[1910] sobre o tema:

> A existência da presunção de legitimidade depende do cumprimento dos requisitos formais necessários. (...) A presunção depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas. (...) não existe presunção quanto à ocorrência de fatos se a Administração Pública não seguiu o devido processo legal.

Não à toa, o art. 3° da LEF é claro ao enunciar que a dívida ativa *regularmente* inscrita goza de presunção de certeza e liquidez. Em igual sentido também o art. 204 do

---

[1905] COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**, cit., p. 176.
[1906] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques, cit., p. 53 a 55.
[1907] PERELMAN, Chaïm. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, cit., p. 340.
[1908] ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**, cit., p. 138.
[1909] Trata-se do que defende Tiago Bitencourt de David, conforme o seguinte trecho: "Somente após o devido cumprimento de todo o iter que precede a edição do ato administrativo e da revelação de que ele atende ao dever de fundamentação clara e coerente, é que se pode debater a respeito do ônus da prova quando postulado o reconhecimento da invalidade do ato (DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cit., p. 4 - versão digital). Também Durval Carneiro Neto defende que: "Soa claro que a regra geral para a Administração Pública é a atividade sujeita a um procedimento mínimo de registro de fatos a fim de justificar a sua ação (ou a sua inação), daí ser prioritariamente dela o ônus da prova de tais fatos, pois se a Administração somente pode agir nas situações em que a lei lhe autoriza, tais situações devem ser de alguma forma por ela demonstradas" (DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**, cit., p. 235).
[1910] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, cit., p. 162.

CTN. De modo que se não for regular o processo administrativo na hipótese, não há que se falar em presunção legal relativa do ato de inscrição.[1911]

Da mesma forma, como recorda Araken de Assis[1912], é em razão do tema da prova no rito da execução fiscal que o art. 41 da LEF determina que o processo administrativo correspondente à inscrição de dívida ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente. Outra não é a diretriz do CPC, que no art. 438, inciso II, assinala que o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.

Deste modo, há de se separar os momentos em que se discute questões probatórias referentes ao ato administrativo. Em primeiro lugar, a administração pública tem o dever de instruir o ato administrativo antes de produzi-lo, segundo um devido processo administrativo. Após a inscrição da dívida ativa e a propositura da execução fiscal, tem o devedor o direito de rever a reconstrução probatória administrativa, caso inclusive em que o ato administrativo pode ser fulminado independentemente de o fato elegido pela administração para a produção do ato ter ou não se sucedido na realidade.[1913] Só após o juiz examinará as contraprovas oferecidas pelo devedor para verificar se estas afastam à hipótese sustentada pela administração.[1914] A presunção de legitimidade e veracidade do ato tem lugar ao fim e ao cabo da execução fiscal apenas se, de um lado, for demonstrada que a reconstrução probatória da administração foi correta e, de outro lado, após considerada infrutífera a instrução judicial.

Ou seja, ainda que a LEF dispense a administração pública de apresentar as provas produzidas no processo para instrução da petição inicial no rito da execução fiscal; e ainda que o art. 3°, *caput* e parágrafo único, da LEF, traga específica previsão de presunção de legitimidade do ato administrativo de inscrição da dívida ativa, isso não impede que seja questionada se a processualidade administrativa que levou à prática do ato administrativo foi realizada de modo adequada, o que naturalmente atrai a necessidade de juntada aos autos das provas produzidas no âmbito administrativo.

[1911] PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Leis de processo tributário**, cit., p. 472.
[1912] ASSIS, Araken de. **Manual da execução**, cit., p. 1461.
[1913] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 31.
[1914] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 136.

Nesse esteira, vale transcrição da obra de Humberto Theodoro Junior[1915]:

> Ao embargar a execução fiscal, tem o devedor o direito de rever toda a marcha do processo administrativo. E, se nesse reexame ficar demonstrado que o lançamento não se baseou em fato concreto, mas apenas em suposições infundadas, o título de Dívida Ativa perderá substância, ainda que o devedor não apresente prova alguma da inexistência do fato tributado.

De modo semelhante Danilo Knijnik[1916] assinala que:

> na ação que tenha por objeto a desconstituição de lançamento (embargos à execução fiscal ou ação anulatória), não se pode afirmar, desde já, que o ônus recai inteiramente sobre o contribuinte. (...) Somente vencido este juízo – isto é, constatado que o lançamento está apoiado em provas – pode-se passar à segunda etapa, quando começa a ter aplicação a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

E arremata o mesmo autor:

> Portanto, no que diz respeito ao ônus da prova nos litígios fiscais, pode-se afirmar que, no âmbito administrativo, como regra geral, o ônus é da autoridade lançadora; terminado o lançamento, o juiz tem, pelo menos, duas questões a resolver quando do controle jurisdicional: primeiro deverá analisar se a reconstrução indutiva, feita pela autoridade administrativa, é em si mesma consistente; só depois deverá examinar as contraprovas apresentadas pelo contribuinte, para verificar se afastam aquela hipótese.[1917]

6.11. A prova e o retorno ao âmbito administrativo

Por derradeiro, propõe-se discutir as repercussões da prova cível no processo administrativo e na tomada da decisão pela administração pública.

De fato, o trabalho, por razões didáticas, trata primeiro do ciclo de formação do ato administrativo para depois aprofundar aspectos probatórios da prova cível no ato administrativo. Constitui, consoante esclarece Ada Pellegrini Grinover[1918], de método comumente utilizado nas pesquisas jurídicas em que se pretende fazer uma releitura do processo judicial à luz das características do plano material discutido: tratar primeiro do plano material para a partir daí reconstruir o plano processual.

Sem embargo, como já tivemos oportunidade de examinar, os planos material e processual se relacionam reciprocamente, formando, em realidade, verdadeiro círculo de relações.[1919]

[1915] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, cit., p. 31.
[1916] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, cit., p. 135.
[1917] *Ibid*., p. 136.
[1918] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, cit., p. 14.
[1919] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol I - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**, cit., p. 51. Ainda nas palavras do autor italiano: "Así se resuelven em un círculo las relaciones entre derecho y proceso; el proceso sirve al derecho, para su constitución o para su integración; el derecho sirve al proceso garantizando el desenvolvimiento de él" (*Ibid*., p. 289).

Com isso em mente, nada impede certos enunciados fáticos discutidos em um processo judicial de natureza civil sejam declarados provados, para a partir daí a administração pública iniciar o processo administrativo em busca de uma tomada de decisão.

Tome-se, como exemplo, um processo judicial em que se discute a responsabilidade civil de um ente público por ato praticado por seu agente público, no qual, ao fim e ao cabo do processo judicial, se conclui que o servidor praticou um ato ilícito que pode configurar, no âmbito administrativo, uma infração funcional. Nada impede que, a partir disso, a administração promova o específico procedimento administrativo disciplinar para apurar eventual infração e, se o caso, aplicar a sanção cabível.

O ponto principal a se discutir no tema em tela é: o enunciado fático declarado provado por um juiz em processo cível vincula a administração pública? Entende-se no estudo que a resposta é negativa.

De fato, não há disposição normativa única que preveja de modo geral e para todas as hipóteses a incomunicabilidade das instâncias judiciais cível, administrativa e penal, mas há uma série de disposições normativas que convergem para tal conclusão, notadamente no campo da responsabilidade cível e das disposições sancionatórias, até em razão do princípio da Separação dos Poderes.[1920]

Em primeiro lugar, insculpe o art. 935 do Código Civil a incomunicabilidade no tema da responsabilidade civil entre as diferentes instâncias, com exceção apenas do reconhecimento do fato ou de sua autoria no juízo criminal. O dispositivo em tela é concretizado no plano processual penal pelos artigos 63 e 68 do Código de Processo Penal, o que, no entanto, não vem ao caso aprofundar, dado o objeto do estudo.

Cuida-se, ainda, de orientação que vem prevista em algumas leis gerais de processo administrativo. É o caso mesmo do art. 125 da Lei Federal n° 8.112/90, que expressamente prevê a independência das instâncias judiciais e administrativas no que diz respeito ao tema das sanções, com exceção daquelas hipóteses em que seja reconhecida a absolvição criminal que negue a existência do fato ou de sua autoria; e do art. 250 da Lei Paulista n°10.261/1968, o qual prevê a independências das instâncias

[1920] Como esclarecem Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari: "Não se questiona que, em razão do princípio da separação dos Poderes, livre é a instância administrativa para decidir como bem entender" (FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, cit., p. 354).

administrativas com relação as instâncias judiciais cível e criminal no tema da sanção e da responsabilidade cível.

Corrobora ainda para essa conclusão o próprio art. 504, inciso II, do CPC, uma vez que o dispositivo em tela é claro ao determinar que, no processo civil, não ficam acobertados pela coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença.[1921]

Isso significa que a administração pública não se vincula ao quanto decidido pelo juiz no processo judicial de natureza cível, podendo, por conseguinte, exercer novo juízo de valoração sobre as provas produzidas no processo administrativo e os enunciados fáticos objeto de discussão.[1922]

Nesse aspecto, o tema dos *standards* probatórios pode promover interessante consequência prática: um enunciado fático pode ser declarado provado em um processo judicial de natureza cível, mas não provado em um dado processo administrativo, em virtude de diferentes exigências probatórias.[1923]

Seja como for, a prova cível poderá servir como prova emprestada no processo administrativo, com as mesmas advertências e requisitos já debatidos no capítulo em que se discutiu a natureza da prova produzida no processo administrativo quando aportada ao processo judicial.

Nesse caso, convém registrar o entendimento consolidado do STF no sentido de que as provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário são inadmissíveis nos processos administrativos de qualquer espécie.[1924] Trata-se, no fundo, de orientação já

[1921] Na dicção de Cândido Rangel Dinamarco: "Em princípio somente o preceito concreto contido na *parte dispositiva das decisões de mérito* fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apoia. Essa regra é renunciada por exclusão nos dois incisos do art. 504 do Código de Processo Civil, segundo os quais *não fazem coisa julgada* os fundamentos postos na motivação da sentença nem a verdade dos fatos tomada como fundamento da decisão" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**).

[1922] Nas palavras de Araken de Assis: "O juízo de fato nela emitido não vincula o órgão judiciário do processo em curso, vez que, a teor do art. 504, II, não se tornará indiscutível em processos subsequentes" (ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro - Volume III**, 1 Ed Ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 334).

[1923] Como explica Jordi Ferrer-Beltrán, a decisão sobre a maior ou menor suficiência que vai ser exigida é contextual, de modo que é natural que diferentes disciplinas levem a diferentes *standards* probatórios (FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**, cit., p. 240 e ss).

[1924] STF, Tribunal Pleno, ARE n° 1316369 (Tema n° 1238), Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 08.12.2022, DJe 22.03.2023.

assentada na doutrina, que sempre elencou como requisito para o correto traslado da prova de um processo para outro que a prova seja lícita.[1925]

[1925] Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada, cit., p. 63; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal, cit., p. 6 e ss - versão digital; AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015, cit., p. 624.

CONCLUSÃO

Buscou-se aprofundar aspectos probatórios do ato administrativo no processo civil. Para tanto, partiu-se de duas premissas: de um lado, procurou-se demonstrar que existe uma interrelação entre os planos material e processual que vale ser investigada. De outro lado, adotou-se no discurso sobre a prova uma tradição racionalista, fundamentalmente resumida nos seguintes pontos: (i) a epistemologia é relevante para a investigação de informações verídicas no processo; (ii) a epistemologia é cognitiva e não cética; (iii) adota-se uma teoria correspondentista da verdade; (iv) a decisão a ser tomada deve ser racional e justificada; (v) a busca pela verdade é um meio para alcançar justiça, em que pese o ordenamento possa tutelar outros valores.

No decorrer do trabalho, foram abordados diferentes momentos da prova (formação do conjunto probatório, valoração da prova, *standards* probatório, ônus da prova e presunções) e os aspectos probatórios do processo administrativo.

A partir da conjugação dos planos material e processual, bem ainda o estudo de aspectos probatórios do processo administrativo, foram obtidas as seguintes principais conclusões parciais sobre o tema da prova cível e o ato administrativo:

(i) com exceção do art. 91, §1°, do CPC e a impossibilidade de o efeito material da revelia e da confissão lhe atingir em matéria de ato administrativo (artigos 345 e 392 do CPC), não se vislumbram, salvo melhor juízo, outras prerrogativas previstas no processo civil na matéria de prova para a fazenda pública; a presunção de veracidade não constitui prerrogativa da fazenda pública em juízo, na medida em que acompanha o ato administrativo, e não a fazenda pública em si, de modo que, inclusive, pode ser utilizada contra o poder público em juízo; não há *standards* de prova, tampouco regras de exclusão de prova, que favoreçam unicamente o poder público em juízo;

(ii) respeitados os requisitos previstos no ordenamento, a prova produzida no processo administrativo pode aportar no processo judicial com natureza jurídica de prova emprestada; nessa hipótese, a valoração da prova deve observar as especificidades do processo administrativo e da função administrativa;

(iii) a administração pública produz provas unilaterais e as utiliza no processo judicial; sobretudo nas hipóteses em que as provas unilaterais produzidas pela administração pública não sejam dotadas de fé pública, a confiança que se atribui à prova unilateral produzida pela administração pública deve levar em conta também aspectos próprios do Direito Administrativo que informam o ato administrativo, como o

desinteresse e a necessidade de eficiência na atuação da administração, bem como os procedimentos administrativos que antecedem sua atuação e o controle interno e externo concomitante e posterior à edição do ato;

(iv) a administração pública tem liberdade restrita para lançar novos enunciados fáticos no processo judicial em que se discute atos administrativos, tendo em vista que os enunciados fáticos que justificaram a prática do ato já foram selecionados por ocasião da motivação do ato; excepcionalmente, admite-se novos enunciados lançados pela fazenda pública, além daquelas hipóteses em que a teoria de nulidades do Direito Administrativo permite motivação ulterior, nos seguintes casos: (i) para suscitar novas alegações fáticas que apenas corroborem a motivação já realizada pela administração ou que sejam voltadas a impugnar os fatos trazidos pelo administrado; (ii) para suscitar novas alegações fáticas por força de fatos novos ou desconhecidos na ocasião em que o ato administrativo foi expedido;

(v) como regra, a administração pública não pode produzir provas no processo judicial para superar um requisito de formalidade probatória que deixou de observar por ocasião do processo administrativo; no entanto, nada impede que produza provas para demonstrar que o requisito de formalidade foi observado, bem ainda para corroborar sua motivação ou para impugnar as alegações levantadas pela parte contrária; também se admite a produção de provas sobre fatos novos ou desconhecidos à época do processo administrativo; excepcionalmente, se admite também a produção de provas pela administração para superar o requisito de formalidade quando o interesse público em se manter o ato administrativo é maior que o interesse em invalidá-lo;

(vi) o tema do ônus da prova pode aparecer de diferentes maneiras em relação ao ato administrativo; no entanto, em uma grande porção de vezes, o que se discute é sobre qual parte tem o ônus de provar a ocorrência ou não do motivo de fato do ato administrativo;

(vii) na forma do art. 373, §3°, do CPC, a fazenda pública pode realizar convenções processuais em matéria de ônus da prova, inclusive assumir ônus da prova que inicialmente em um processo não teria sem um negócio jurídico processual; nessa última hipótese, para além dos requisitos de qualquer convenção processual realizada pela administração pública, há a necessidade de autorização normativa para tanto e motivação que demonstre atendimento ao interesse público com a assunção do ônus da prova;

(viii) dizer que o ato administrativo se presume legítimo importa reconhecer que o Direito presume a regularidade do exercício da função estatal; a presunção de legitimidade do ato tem natureza relativa, mas não influi nas regras de ônus da prova quando recai sobre pressupostos que constituem no processo questões de direito; a presunção de legitimidade perdura até que o ato seja invalidado pelo judiciário ou administrativamente;

(ix) a presunção de veracidade decorre logicamente da presunção de legitimidade do ato administrativo e alcança como regra os motivos de fato do ato; constitui assim regra especial de ônus da prova que presume relativamente os motivos de fato do ato administrativo como ocorridos;

(x) a presunção de veracidade do ato administrativo não se confunde com a fé pública; trata-se de presunções legais relativas que decorrem de atividades estatais distintas;

(xi) nem todo servidor, no desempenho de suas funções, é detentor de fé pública; não se pode confundir o ato administrativo com o instrumento do referido ato; os documentos públicos são feitos segundo procedimentos e preocupações diversas quanto ao registro e certificação dos fatos; nem sempre o documento que o agente público firma faz prova a que alude o art. 405 do CPC, eis que é necessário que a lei que rege a sua função lhe confira tal eficácia probatória;

(xii) a presunção de veracidade não conflita com a presunção de inocência naqueles casos em que se discute Direito Administrativo de natureza sancionatória no processo judicial; cuida-se de presunções que atuam em planos distintos: a de veracidade atua no processo judicial, ao passo que a de inocência tem aplicação no processo administrativo;

(xiii) não se vislumbra conflito de presunções de veracidade do ato administrativo entre esferas federativas distintas, haja vista que a discussão se reporta mais ao campo da competência, e não ao Direito Probatório;

(xiv) a presunção de veracidade do ato administrativo, uma vez que constitui regra especial de ônus da prova, em nada altera a maior ou menor exigência probatória no processo (*standards* probatórios) para a demonstração da inocorrência do motivo de fato elencado pela administração pública para a prática do ato;

(xv) a presunção de veracidade do ato tem lugar ao fim e ao cabo do processo judicial, como regra de julgamento, apenas se, de um lado, for demonstrada que a

reconstrução probatória da administração foi adequada e, de outro lado, após considerada infrutífera a instrução judicial;

(xvi) a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no art. 373, §1° e seguintes, do CPC, é importante mecanismo processual que pode ser utilizado em face da presunção de veracidade do ato administrativo;

(xvii) a presunção de veracidade do ato administrativo, conforme a configuração atual do sistema processual civil, tem aplicação reduzida, notadamente em razão do fato de que a administração pública tem o dever de produzir o ato administrativo segundo um devido processo administração, da dinamização do ônus da prova e da necessidade de utilização dos mecanismos de ônus da prova como última solução do processo;

(xviii) inexiste uma discricionariedade puramente técnica; quando muito, é possível se falar em uma discricionariedade que pode existir no âmbito da técnica ou da ciência naqueles casos em que se mesclam critérios técnicos e científicos e a conveniência e oportunidade próprias da discricionariedade comum;

(xix) a competência discricionária não impede a produção de prova pericial no judiciário para análise de questões fáticas técnicas ou científicas; ainda, a perícia a ser produzida deve levar em conta as especificidades de cada área do conhecimento científico;

(xx) no campo da competência discricionária em matéria técnica, a perícia e a valoração posterior do juiz, mais do que substituir a atuação da administração pública, deve ser voltada a verificar a reconstrução probatória já realizada pela administração no âmbito administrativo, verificando-se notadamente se as generalizações teóricas ou metodológicas utilizadas pelo poder público para a prática de um ato em que se exija conhecimentos técnicos ou científicos estão entre aquelas reconhecidas pela comunidade especializada como adequadas, para, em segundo momento, avaliar se o resultado alcançado pelo poder público está de acordo com as generalizações metodológicas ou teóricas utilizadas, ainda que a opção adotada pela administração pública não seja a única escolha possível no caso concreto;

(xxi) a intenção ou móvel do agente é relevante juridicamente, inclusive para fins de invalidação do ato administrativo no campo do desvio de finalidade, a por vezes demandar a produção de prova em processo judicial;

(xxii) a presunção judicial é o instrumento mais utilizado para a prova do estados subjetivos, inclusive o móvel do agente público; às vezes, no entanto, a legislação se

adianta e presume a ocorrência do estado subjetivo na presença de outro fato, criando-se assim uma presunção legal;

(xxiii) o grau de certeza de uma inferência lógica que resulte em uma presunção judicial se alicerça no valor cognoscitivo das premissas adotadas no raciocínio, notadamente da correção das regras de experiência utilizadas;

(xxiv) os atos administrativo abstratos locais, como regra, não demandam prova de seu teor ou vigência; à luz do art. 376 do CPC, pode o juiz determinar que a parte comprove o teor e a vigência do ato administrativo abstrato local, sob pena de a decisão ser contrária à parte que apoiou suas alegações no direito local invocado e não provado; em que pese o dispositivo em tela não determine um único meio de prova, reconhece-se que os atos administrativos abstratos locais, quando assim exigidos pelo juiz, devem ser de modo geral provados por meio de prova documental;

(xxv) o dever que a administração pública tem de juntar a documentação que disponha nos juizados especiais cíveis não constitui regra especial de ônus da prova; no entanto, não juntados os documentos aos autos, aplica-se a sistemática da exibição de documentos, na forma do art. 396 e seguintes do CPC, inclusive com relação à presunção de veracidade em desfavor do ente público;

(xxvi) o requisito de *direito líquido e certo* para impetração do mandado de segurança diz respeito a saber se a alegação de fato que originou o direito invocado permite ou não sua demonstração por meio de apresentação de provas pré-constituídas; a controvérsia do direito invocado não impede a impetração do mandado de segurança (Súmula n° 625 do STF);

(xxvii) o rito do mandado de segurança, por si só, não altera o *standard* probatório exigido para a prova das alegações de fato que compõem o *direito líquido e certo* tido como violado;

(xxviii) a complexidade da alegação de fato e a respectiva prova no processo não impede a impetração do mandado de segurança;

(xxix) o requisito de *direito líquido e certo* do mandado de segurança não demanda necessariamente prova documental, mas tão somente prova pré-constituída;

(xxx) a execução fiscal deve ser ajuizada com a certidão da dívida ativa, dispensando-se inicialmente as provas produzidas no processo administrativo que levou à inscrição do crédito na dívida ativa;

(xxxi) ainda que a LEF dispense a administração pública de apresentar as provas produzidas no processo para instrução da petição inicial no rito da execução fiscal; e

ainda que o art. 3°, *caput* e parágrafo único, da LEF, traga específica previsão de presunção de legitimidade do ato administrativo de inscrição da dívida ativa, isso não impede que seja discutido no processo, quando apresentados os embargos pelo executado, se a processualidade que levou à produção do ato administrativo foi realizada ou não de modo correto, o que naturalmente atrai a necessidade de juntada aos autos das provas produzidas no âmbito administrativo;

(xxxii) os enunciados fáticos declarados provados no processo civil não vinculam a administração pública em um processo administrativo posterior; a prova cível, quando aportada ao processo administrativo, tem natureza de prova emprestada quando respeitados os requisitos para tanto.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ACUÑA, Carlos Gasnell. **El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá**. Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo I**. Barcelona: Bosch, 1970.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo - Tomo II**. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **The argument from injustice - A reply to legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 2004.

ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. *In*: **Estándares de prueba y prueba científica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. International Journal of Evidence and Proof. **The Juridical Management of Factual Uncertainty**, v. 7, 2003.

ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of the Law-Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, v. 97, n° 4, p. 1, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. As prerrogativas da fazenda pública no novo código de processo civil. *In*: **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos / coordenação Thereza Arruda Alvim et al**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Teoria do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMPUERO, Iván Hunter. Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal. **Revista de derecho**, v. 27, 2020. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/4376/3510>.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, n. 95, p. 147–166, 2000.

ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**. 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

ARENHART, Sergio Cruz. Da prova documental. *In*: **Breves comentários ao Código de Processo Civil (Teresa Arruda Alvim et al coordenadores)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Loyola, 2002.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2005.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Apontamentos sobre a perícia. **Revista de Processo**, v. 23, p. 9-35, jul-set, 1981.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Mandado de segurança. **Revista de Processo**, v. 6, p.145-159, abril-junho, 1977.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos. **Revista de Processo**, v. 99, p. 151-160, jul-set, 2000.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Questão de fato, questão de direito nos recursos para Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, v. 332, p. 329–360, out./2022.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de processo**, v. 76, p. 141–145, dez./1994.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro - Volume III**. 1 Ed Ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onere della prova**. Roma: Foro Italiano, 1932.

AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *In*: **Grandes temas do NCPC, Vol. V - Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: standard de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 282, ago./2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo. *In*: **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). Tratado de Direito Administrativo - Ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. *In*: **Sistema penal e poder punitivo : estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. *In*: **Prova judiciária - estudos sobre o novo direito probatório. Coordenador: Danilo Knijnik**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características. **Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 2, p. 671–695, nov./2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, v. 172, p. 1–19, 1988.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, v. 35, p. 231-238, jul-set, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil : segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual : nona série**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECHO, Renato Lopes. **Execução fiscal: análise crítica**. São Paulo: Noeses, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Judiciário e Estado Administrativo - experiência americana aplica-se ao Brasil? **Journal of Law and Regulation**, v. 6, n.1, p. 50–67, 2020.

BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence - extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont**. London: Baldwin, Cradock and Joy, 1825.

BETANCOURT, Gina González. La prueba en el procedimiento administrativo: énfasis en la distinción de los principios rectores que la diferencian de la prueba judicial. **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**, n. 14, p. 93–142, 2019.

BETANCOURT, José Amando Mejía. La carga de la prueba en el contencioso-administrativo objetivo. **Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia**, n. 7, p. 143–198, 2016.

BIDART, Adolfo Gelsi. El concepto de estructura y el proceso. **Revista de Processo**, v. 20, p. 154-178, out-dez, 1980.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo - Tomo II**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, a. 49, n. 193, p. 125–139, jan/mar, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo - Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary - definitions of the terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern**. 6. ed. St. Paul: West Publishing CO., 1990.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England - book the fourth: of public wrongs**. Oxford: Yale Law School, 17691765. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade - para uma teoria geral política. Tradução Marco Aurélio Nogueira**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito - tradução Denise Agostinetti**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudos sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. **Revista de Processo**, v. 269, p. 139–149, jul./2017.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo I**. Mexico: Biblioteca de jurisprudencia, 1874.

BONNIER, Eduardo. **Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil y penal - Tomo II**. Mexico: Biblioteca de jurisprudencia, 1874.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo III: Los actos administrativos y los contratos administrativos**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de derecho administrativo - Tomo IV: el procedimiento administrativo**. 1. ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro - um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2 : procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. Os impactos do novo código de processo civil no mandado de segurança. **Revista de Processo**, v. 297, p. 235–269, nov./2019.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales - Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein**. Lima: ARA Editores, 2008.

BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, 44, p. 26–40, 1956.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 57, p. 113–140, 1962.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo Vol. I**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo Vol. II**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. Collana La Memoria Del Diritto**. Roma: Tre-press, 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. IV. Istituzioni di diritto processuale civile. Collana La Memoria Del Diritto**. Roma: Tre-press, 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche, Vol. V - La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Collana la memoria del diritto**. Roma: Tre-press, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma abordagem Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil - Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil Volume 3**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Tomás Cano. La presunción de validez de los actos administrativos. **Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica**, n. 14, p. 6–28, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado - Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Editora Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça - Tradução Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; TROCKER, Nicolò. Acces to justice. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, 46, p. 664–707, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol I - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil - Vol II - traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodología del derecho**. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil - Volume I**. 1. ed. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no Novo CPC - Do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARRATTA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova: a proposito del libro di Aurelio Gentil. **Diritto e questini pubbliche**, v. 14, p. 169–208, Dic/2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1986.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 01, ano 01, n. 1, p.224/236, jan/jun, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo - Tomo II**. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo. Tomo I**. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito. *In*: **Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese. Tomo I**. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

CASSESE, Sabino. La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata. **Il Foro Italiano**, v. 116, p. 27–34, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta - escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros - Volume 1°**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CASTILLO, Bernardo Pérez Fernández del. **Derecho Notarial**. 18. ed. México: Porrúa, 2012.

CASTILLO, María Jesús. Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial. **Revista de Administración Pública**, n. 171, p. 217–247, septiembre-diciembre, 2006.

CASTRO, Cássio Benvenutti. **Direito probatório: o pêndulo entre a verdade e a prova**. Curitiba: Juruá, 2018.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública (a aplicação da Lei n° 13.129 de 26.05.2015). **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, v. 87, n. 2, p. 109–137, jul/dez, 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria Dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 61, n. 2, p. 417–432, aprile/giugno, 2006.

CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia - un diálogo sobre prueba y verdad**. Lima: Palestra, 2012.

CHAPUS, René. **Droit administratif général tome 1**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CHIARLONI, Sergio. La verdad tomada en serio. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n.2, p. 184–199, maio/agosto, 2018.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais da fazenda pública: Lei n. 12.153/2009 - comentada artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo I**. Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil - traduccion española de la tercera edicion italiana, prologo y notas del profesor Jose Casais y Santaló - Tomo II**. Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1925.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In*: **Coleção grandes temas do novo CPC v. 1: negócios processuais; Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira; Coordenador geral: Fredie Didier Jr.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

COHEN, L. Jonathan. **The probable and provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, v. 151, p. 72–98, set./2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. **Revista de processo**, v. 29, n. 116, julho-agosto, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. Torino: UTET Giuridica, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Poteri delle parti e ruolo del giudice nella fase istruttoria del processo civile ordinario. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Primo**, v. 108, p. 191–240, 1999.

COMOGLIO, Paolo. **Nuove tecnologie e disponibilità della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze**. Torino: Giappichelli Editore, 2018.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil - Tomo I**. Buenos Aires: Ediar, 1948.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil - Tomo II**. Buenos Aires: Ediar, 1948.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 66, p. 175–199, 1971.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre a competência dos juizados especiais cíveis federais. **Revista de Processo**, v. 173, p. 33–53, jul./2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. As prerrogativas processuais da fazenda pública e vicissitudes quanto aos prazos diferenciados previstos no art. 188 do CPC. **Revista de Processo**, v. 844, p. 69–84, fev./2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de processo civil comentado**. 1ª ed (ebook). Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Controle judicial do poder discricionário. **Revista de Processo**, v. 3, p. 32–45, nov./2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: **Coleção grandes temas do novo CPC v. 1: negócios processuais; Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira; Coordenador geral: Fredie Didier Jr.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimentos especiais: peculiaridades procedimentais da ação civil pública, do mandado de segurança e da ação de consignação em pagamento. **Revista de Processo**, v. 172, p. 325–337, jun./2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, 280, ano 48, p. 5–20, fev./2001.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição da inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. *In*: **Prova judiciária - estudos sobre o novo direito probatório. Coordenador: Danilo Knijnik**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DAMASKA, Mirjan R. Truth in Adjudication. **Hastings Law Journal**, v. 49, p. 289–308, 1998/1997.

DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial**. 2. ed. Madrid: Editorial Aranzadi, 1999.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Litigância contra o poder público: uma revisão da doutrina da inversão do ônus da prova em desfavor do particular. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 3, n.11, p. 25–60, out-dez, 2019.

DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**. 10. ed. Bogotá: Temis, 2021.

DENTI, Vittorio. Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 6, p. 543–583, 1969.

DENTI, Vittorio. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 22-33, p. 251–262, año VIII, enero/agosto, 1975.

DENTI, Vittorio. Public Lawyers, Political Trials and the Neutrality of the Legal Profession. **Israel Law Review**, v. 16, p. 20–27, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In*: **Direito privado administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (organizadora)**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil - Vol 2**. 12. ed. Salvador: Editora Jus. Podivm, 2016.

DIEZ, Manuel M. et al. **Acto y procedimento administrativo**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - Volume I**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil : volume III**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DROMI, Roberto. **Tratado de derecho administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito - Tradução de Márcio Pugliesi**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Armand Colin, 1913.

DURVAL, Carneiro Neto. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**. UFBA, Salvador, 2007.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Aguilar, 1966.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo I**. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial - Tomo II**. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981.

ECHANDIA, Hernando Devis; VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Compendio de la prueba judicial - Tomo I**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1984.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo. Vol I**. Buenos Aires: Depalma, 1990.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-Político**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAIGMAN, David L. Normative Constitucional Fact-Finding. **Univertisy of Pennsylvania**, v. 139, No. 3, p. 541–613, jan./1991.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen I - Parte General**. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo - Volumen II - Parte gereral: conclusion**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

FARIA, Luzardo. A celebração de negócios processuais atípicos pela fazenda pública: adequação procedimental à realização do interesse público. **Revista de Processo**, v. 306, p. 65–84, ago./2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual - tradução da 8ª edição por Elaine Nassif**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. **Revista de administración pública**, p. 211–227, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão - teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2008.

FERRAND, Frédérique. Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé europeen. **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n° 2, p. 345–369, Avril-juin/2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica - Ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 5. ed. Barueri: Atlas, 2021.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal Brasileiro à luz da constituição de 1988. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, n. 86, p. 116–129, 1991.

FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. *In*: **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro. Orgs: Marco Félix Jobim, Rafael Caselli Pereira**. Londrina: Thoth, 2021.

FERREIRA, William Santos. Das Provas. *In*: **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil - Teresa Arruda Alvim Wambier et al (coords)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, William Santos; FELGA, Caio Leão Câmara. Epistemologia, verdade e o protagonismo instrutório das partes: compreensão do papel do judiciário na produção de provas e o in dubio pro probatione. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 3, p. 452–478, setembro-dezembro, 2022.

FERREIRA, William Santos; HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. Por uma nova oralidade no processo civil: cooperação judiciária, eficiência e sincronicidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n.1, p. 1512–1553, janeiro/abril, 2022.

FERREIRA, William Santos; HOFFMANN JÚNIOR, Lírio; DAVID, Tiago Bitencourt de. Jeremy Bentham e seu Tratado das Provas Judiciais: um Convite à Leitura de um Clássico para a Compreensão de Alguns Aspectos Atuais e Polêmicos do Direito Probatório. **Revista Magister de Direito Civil e Processual**, ano XVIII, n. 105, p. 29–43, nov-dez, 2021.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Motivación y racionalidad de la prueba**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2016.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção. Standards de prova e devido processo**. Salvador: JusPodivm, 2022.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova - tradução de Vitor Paula Ramos**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo - traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin**. Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1933.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública. **Revista de Processo**, v. 280, p. 353–375, jun./2018.

FORIERS, P. Présomptions et fictions. *In*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1974.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 24. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1985.

FRANCAVILLA, Enrico. **Mandado de segurança: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. *In*: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial - Coordenação de Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão**. Salvador: JusPodivm, 2007.

FRANKLIN, Benjamin. **The Works of Benjamin Franklin, Vol. XI - Letters and Misc. Writings 1784-1788**. New York: G. P. Putnam's Sons, 1904.

FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo - presunção de validade e a questão do ônus da prova**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. Birigui: Boreal, 2016.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes - Da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Londrina: Thoth, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica - Tradução de Flávio Paulo Meurer**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Os processos nos Juizados Especiais, Cíveis Estaduais, Federal e da Fazenda Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach. *In*: **Legal Fictions in Theory and Practice - Maksymilian Del Mar and William Twining (Org)**. Switzerland: Springer, 2015, v. 110. (Law And Philosophy Library).

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**, 8, p. 25–89, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolution française et administration contemporaine**. Paris: Economia, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**. 12. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**. 9. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GARCÍA, Edgar R. Aguilera. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. **Revista de Teoría y Filosofia del Derecho**, 44, p. 163–189, abr./2016.

GASPARINI, Diogénes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVOOR, Aram A.; PLATT, Steven A. In search of the presumption of regularity. **Fla. L. Rev.**, v. 74, p. 729–774, 2022.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo - Volume primo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970.

GLASSFORD, James. **Los princípios de la prueba y su aplicacion a las pesquisas juridicas - traducido por D. Jose Maria Tenorio y Herrera**. Madrid: Imprenta de la Viuda de Jordan e Hijos, 1842.

GODINHO, Robson Renault. A Distribuição do Ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 38, 2007.

GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**. Campinas: Editora Minelli, 2003.

GOODNOW, Frank J. **Les principes du droit administratif des Étas-Unis - traduction française par A. et Gastón Jèze.** Paris: V. Giard & E. Brière, 1907.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo I: Parte General**. 11. ed. Buenos Aires: FDA, 2013. Disponível em: <https://www.gordillo.com/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo II: la defensa del usuario y del administrado**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. Disponível em: <https://www.gordillo.com/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo III: El acto administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. Disponível em: <https://www.gordillo.com/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo IV: El procedimiento administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016. Disponível em: <https://www.gordillo.com/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas - Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. Disponível em: <https://www.gordillo.com/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GOWLAND ET AL, Héctor Pozo. **Procedimiento administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2012.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba. *In*: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial - Coordenação de Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão**. Salvador: Juspodivm, 2007.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. II**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. IV e V, n° 4 e 5, p. 213–269, 2004/2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n.4, p. 60–69, out-dez, 1993.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. **Revista Direito UFMS - Edição Especial**, v. 1, n.1, p.165–185, jan/jun, 2015.

GUASP, Jaime. El estado como sujeto del proceso. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 22-23, año VIII, p. 535–542, enero-agosto, 1975.

GUASP, Jaime. La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. **Revista de la Universidad de Oviedo**, p. 21–82, 1945.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas - Trad. de Edson Bini**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia - Uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HAACK, Susan. **Evidence Matters - Science, Proof, and Truth in the Law**. Cambrigde: Cambridge University Press, 2014.

HAACK, Susan. **Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas - Traducción de Carmen Vázquez**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 2009.

HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 - Tome Deuxième**. Paris: Recueil Sirey, 1929.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif, contenant le droit public e le droit administratif**. 2. ed. Paris: Larose & Forcel, 1893.

HELLIG, Jorge Ríos. **La práctica del derecho notarial**. 8. ed. México: McGrawHill, 2012.

HERRERA, Gilberto David Abadía. La idoneidad de la prueba en el proceso contencioso administrativo. **Revista Jurídica Auctoritas Prudentium**, año XV, n. 28, 2023.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 33, p. 249–274, out./1991.

JÈZE, Gaston. **Cour de droit public: licence: Professé à la Faculté de Droit de Paris pendant le 2° Semestre 1923-1924**. Paris: Marcel Giard, 1924.

JÈZE, Gaston. **Los principios generales del Derecho Administrativo**. Madrid: Reus, 1928.

JIMÉNEZ, Jesús Armando Colmenares. El manejo de la prueba en el procedimiento contencioso administrativo venezolano. **Revista de Derecho, Universidad del Norte**, 21, p. 24–66, 2004.

JOLOWICZ, J. A. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n.2, p. 537–571, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *In*: **Prova judiciária - estudos sobre o novo direito probatório. Coordenador: Danilo Knijnik**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os "Standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

LADD, Mason. Presumptions in Civil Actions. **Arizona State Law Journal**, p. 275–294, 1977.

LAGIER, Daniel González. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 23, p. 79–97, 2020.

LAGIER, Daniel González. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defesa de los criterios de "sentido común". **Quaestio facti**, p. 49–80, N/2022.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito - Tradução de José Lamego**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law - An Essay in Legal Epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil - artigos 405 a 441: da prova documental - v. VIII, t. II - coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca (livro digital)**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÉON, Béquet. **Répertoire du droit administratif - Tome premier**. Paris: Paul Dupont, 1882.

LESSONA, Carlo. **Teoría General de la Prueba en Derecho Civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo 3**. Madrid: Revista de Legislación, 1908.

LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en derecho civil ó exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc: Tomo I**. Madrid: Hijos de Reus, 1906.

LÉVY-BRUHL, Henri. **La preuve judiciaire - etude de sociologie juridique**. Paris: Libraire Marcel Rivière et Cie, 1964.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil - Vol. I**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, J. B. de Menezes. **Sindicância & verdade sabida - teoria, legislação, jurisprudência, prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Ruy Cirne. Direito administrativo e direito privado. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, v. 2, n. 3, p. 841–858, 1951.

LISBOA, Marcelo Jucá. Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica. **RJLB**, v. 2, p. 849–909, 2016.

LLUCH, Xavier Abel. Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial. *In*: **Peritaje y prueba pericial - Joan Picó i Junoy (Director) e Carlos de Miranda Vázquez (Coordinador)**. Barcelona: Bosch, 2017.

LOPES, João Batista. "Antigas novidades" no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 287, p. 487–505, jan./2019.

LOPES, João Batista. Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova. **Revista de Processo**, v. 309, p. 93–105, nov./2020.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Modelo constitucional de processo, direito de defesa e paridade de armas. **Revista de Processo**, v. 331, p. 17–25, set./2022.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Castro Lopes, 2022.

LOPES, Joaquim Seabra. **Direito dos registos e do notariado**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Método, 2017.

LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. **Partilha administrativa do sensível: entre fatos, provas e prognoses administrativas**. Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. *In*: **Processo Civil - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral**. São Paulo: Atlas, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento. Trad. de Maria de Conceição Corte Real**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LYNCH, Michael P. **The Nature of Truth - Classic and Contemporany Perspectives**. Cambrigde: MIT Press, 2001.

LYNCH, Michael P. **Truth as one and many**. New York: Oxford University Press, 2009.

MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and practical reason. **Midwest Studies in Philosophy**, v. 7, Issue 1, p. 271–286, 1982.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & Cª. (Filhos), 1927.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria das provas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 79, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria geral do processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, v. 3, n. 5, p. 188–201, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 1 ed em e-book baseada na 1. ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil - Vol II : processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. *In*: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial - Coordenação de Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão**. Salvador: JusPodivm, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Atos administrativos. *In*: **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). Tratado de Direito Administrativo - Ato administrativo e procedimento administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MAURER, Harmut. **Derecho administrativo alemán**. México: Universidad Nacional Autónoma, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand - Tome Premier - Parte Générale**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERCHANTE, Fernando Pastor. ¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo. **Revista de Derecho Público: Teoría y Método**, v. 4, p. 153–180, 2021.

MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**. México, D.F: Editora Nacional, 1975.

MERTEHIKIAN, Eduardo. La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad. **Revista Estudios Jurídicos**, 8, 2008.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

MICHELI, Gian Antonio. Teoria geral da prova. **Revista de Processo**, v. 3, p. 161-168, jul-set, 1976.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de processo**, v. 16, p. 155–168, out-dez, 1979.

MIDÓN, Gladis E. de; MIDÓN, Marcelo S. **Manual de derecho procesal civil**. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica processual no contencioso judicial administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, v. IV, n. 4, 2009.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista do TST**, v. 78, n.1, p. 67–77, jan/mar, 2012.

MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc**. Madrid: Imprenta de la revista de legislacion, 1877.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Direito à prova. **Revista de Processo**, v. 39, p. 98-118, jul-set, 1985.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, v. 682, p. 7–23, ago./1992.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, v. 116, p. 11-28, jul-ago, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. **R. Dir. Proc. Geral Rio de Janeiro**, v. 57, p. 106–126, 2003.

MORGAN, Edmund M. Some Observations concerning Presumptions. **Harvard Law Review**, v. 44, No. 6, p. 906–934, abr./1931.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1 ed. ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. **Estudios de Derecho**, v. 170, p. 117–148, jul./2020.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NIEVA-FENOLL, Jordi; BELTRÁN, Jordi Ferrer; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo - Lei n° 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Manual de Processo Constitucional: Mandado De Segurança - Ação Civil Pública Ação Popular Habeas Data - Mandado De Injunção ADIN**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 135, jul/set, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, n. 104, p. 302–322, jan/dez, 2009.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. O poder-dever da procuradoria da fazenda nacional de controlar a legalidade do crédito público da União ainda que após sua inscrição em dívida ativa e suas consequências. **Revista de Processo**, v. 125, p. 267-275, nov-dez, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o Princípio da Participação Administrativa. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4 ed (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASCUAL, Gabriel Doménech. El principio de presunción de validez. *In*: **Los principios jurídicos del derecho administrativo. Diretor Juan Alfonso Santamaría Pastor**. Madrid: La Ley, 2010.

PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale - Collana Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2021.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Leis de processo tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PAZ, José Carlos Laguna de. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. **Revista española de Derecho Administrativo**, n. 186, julio-septiembre, 2017.

PEIXOTO, Ravi. As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial. **Revista de Processo**, v. 320, p. 75–93, out./2021.

PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 22, n.2, p. 568–618, maio/agosto, 2021.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 217–267, mar./2003.

PERELMAN, Chaïm. **A lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse. *In*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1974.

PEYRANO, Jorge W. De la igualdad probatoria formal a la real. **Revista de Processo**, v. 1, p.139-151, jan-jun, 2015.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. **Revista de Processo**, v. 185, p. 107–116, jul./2010.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2012.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova - Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 318-335, jan-mar, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. São Paulo: Elsevier, 2009.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.

POLI, Roberto. Il ragionamento probatorio (funzione, struttura, esiti, sindacabilità). *In*: **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira - Organizadores Adrian Simons, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Alvaro Pérez Ragone, Paulo Henrique dos Santos Lucon**. 1. ed ebook. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, n. 130, p. 1–11, out-dez, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado - Tomo III**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Taylor and Francis, 2005.

POPPER, Karl. **Unended Quest**. New york: Taylor and Francis E-library, 2005.

PORRAS, Luis Felipe Vivares. Sobre las medidas contraepistémicas en el proceso civil colombiano. *In*: **Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial**

(coordenadores: Michele Taruffo e Susan Haack). Melellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.

PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo código de processo civil. *In*: **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. **Revista Derecho del Estado**, n. 41, p. 255–283, julio-diciembre, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação.** 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

REAL, Alberto Ramón. La fundamentacion del acto administrativo. **Revista de Derecho Público**, n. 27, p. 111–132, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales. **Novos Estudos Jurídicos (NEJ)**, v. 11, n.2, p. 201–218, jul-dez, 2006.

REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RESTA, Raffaele. **L'onere di buona amministrazione**. Milano: CEDAM, Casa Editrice DOTT, 1939.

RIBEIRO, Felipe. **Discricionariedade Técnica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

RICCI, Francesco. **Commento al codice di procedura civile italiano - Vol II - Delle prove, delle sentenze e dei mezzi per impugnarle**. 7. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo - Tradução de Rogério Ehrhardt Soares**. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO, Jean. Fiction et présomptions en droit public français. *In*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1974.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 136, p. 5–28, dez./1997.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais. Teoria e prática.** São Paulo: Barueri, 2022.

ROCHA, José de Moura. Notariado e o processo civil. **Revista de Processo**, v. 1, p. 59-70, jan-mar, 1976.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROMANO, Santi. **Principii di Diritto Amministrativo Italiano**. 2. ed. Milano: Società Editrice Libraria, 1906.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

RUSSEL, Bertrand. Truth and Falsehood. *In*: **The Nature of Truth - Michael P. Lynch (org)**. Cambridge: MIT Press, 2001.

SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria - estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**. Barcelona: Editoral Praxis, 1967.

SANDULLI, Aldo M. **Il procedimento amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

SANTIN, Janaína Rigo. Direito Administrativo e Princípio de participação. **Revista Populus**, v. 4, dez./2018.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando G. **Acto administrativo - procedimiento, eficacia y validez**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios jurídicos processuais envolvendo a fazenda pública. *In*: **Coleção grandes temas do novo CPC v. 1: negócios processuais; Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira; Coordenador geral: Fredie Didier Jr.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil - Vol. 1**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume I**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume IV**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial - Volume V**. São Paulo: Max Limonad, 1949.

SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer - a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHMITZ, Leonard. **Presunções Judiciais - Raciocínio probatório por inferências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SCHWARTZ, Bernard. Administrative terminology and the administrative procedure act. **Michigan Law Review**, v. 48, 1, p. 57–78, nov./1949.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **El juez y el derecho (iuria novit curia)**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979.

SESÍN, Domingo J. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. **Documentación Administrativa**, 269–270, p. 87–100, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 1 - Processo do Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA MELERO, Valentín. Norma y supuesto de hecho en relación con la decisión penal. **Revista de la Universidad de Oviedo**, v. 47–48, p. 17–76, 1947.

SOBRINHO, Délio José Rocha. **Prerrogativas da fazenda pública em juízo**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **A prova administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1973.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Prova Perante a Administração e no Direito Administrativo. **Revista do Serviço Público**, v. 105, n. 3, p. 89–138, 1970.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. Procedimento Administrativo e Direito. **Revista do Serviço Público**, v. 97, n. 4, p. 07–18, 1965.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. La prueba en el procedimiento administrativo. El principio de congruencia y la prueba en el proceso contencioso administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, v. 336, p. 527–546, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil - Ensaio sobre o raciocínio probatório (Coleção O Novo Processo Civil, Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier. **Juizados Especiais Fazendários**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

STRECK, Lênio. Das provas. *In*: **Comentários ao Código de Processo Civil - organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, p. 64–74, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 19, 461–479, out-dez, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 3, n. 11, jan/mar, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. *In*: **As leis de processo administrativo (Lei Federal n° 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98) - Coordenadores Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muño**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TABOSA PESSOA, Fabio Guidi. Das provas. *In*: **Código de Processo Civil Interpretado - Antonio Carlos Marcato (coordenador)**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

TÁCITO, Caio. Contencioso administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, v. 133, p. 59–69, 1978.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, p. 1–13, abr/jun, 2002.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 1° Volume**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, v. 128, p. 59–78, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Processo**, v. 91, p. 92-114, jul-set, 1998.

TAPIA, Ramón Huapaya. **El proceso contencioso-administrativo; con la colaboración de Oscar Alejos Guzmán**. Lima: Pontifícia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 2019.

TARUFFO, Michele. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. *In*: **Estándares de prueba y prueba científica - Ensayos de epistemología jurídica - Carmen Vázquez (org.)**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias - Monografías Universitas**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos - Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Secondo**, n. 108, p. 423–446, 1999.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 36, n. 199, set./2011.

TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, p. 659–677, 2003.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos - Tradução de Vitor de Paula Ramos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1898.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Noeses, 2011.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. O ônus/dever da prova no processo administrativo tributário. *In*: **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito - Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noeses, 2005.

TOMMASINI, Nicola. **A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis**. Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de Estados Subjetivos no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2016.

TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a european perspective of modern procedural challenges. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 216, p. 18-76, mar-abr/2021, 2021.

TROCKER, Nicolò. Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzaz de Calamandrei y las reformas procesales en Europa. **TEORDER**, n. 77, p. 106–130, 2010.

TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica - Traducción de Diego Dei Vecchi**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

TWINING, William. **Rethinking Evidence - Exploratory Essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms. **Journal of Law and Society**, v. 11, No. 02, p. 137–171, Summer/1984.

VALLES, Edgar. **Contencioso administrativo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Lecciones de derecho procesal civil**. Santiago: Puntolex, 2011.

VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile - Profili di teoria generale. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Primo**, n. 108, 1999.

VERDE, Giovanni. Le presunzioni giurisprudenziali [Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova]. **Il Foro Italiano**, v. 94, n. 11, p. 177/192, nov./1971.

VERDE, Giovanni. Prova legale e formalismo. **Il Foro Italiano**, v. 113, parte quinta: monografie e varietà, p. 465/474, 1990.

VIALE DE GIL, Paula A. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. **Pensar en Derecho**, 4, año 3, p. 131–160, 2014.

VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIVES, Marc Tarrés. Las normas técnicas en el Derecho Administrativo. **Documentación Administrativa**, n. 265-266, p.151–184, enero-agoso, 2003.

VOLTAIRE. **Zadig ou o destino - história oriental - tradução de Paulo Neves**. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2014.

WALD, Arnold. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence**. Paris: Recueil Sirey, 1929.

WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience**. Boston: Little, Brown, and Company, 1913.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques. *In*: **Les présomptions et les fictions en droit - Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1974.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (Direito material e Direito Processual). *In*: **Leituras complementares do processo civil. Fredie Didier Jr (Org.)**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo - Volume Primo: principi generali**. 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.

ZOCKUN, Maurício. A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, n. 35, julho/setembro, 2013.

ZOCKUN, Maurício. Atributos e extinção dos atos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, n. 37, jan-março, 2014.

ZOCKUN, Maurício. **Regime constitucional da atividade notarial e de registro**. São Paulo: Malheiros, 2018.

ZUCKERMAN, Adrian. No Justice Without Lawyers—The Myth of an Inquisitorial Solution. **Legal research paper series**, n. 66, p. 355–374, 2014.

ZULIANI, Andrea. Le prove documentali. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura: La prova nel processo civile - Volume Secondo**, n. 108, p. 215–224, 1999.