

**JOSÉ MAURO DE BARROS CARDOSO**

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A FAZENDA PÚBLICA**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR FLÁVIO LUIZ YARSHELL**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO – SP**

**2022**

**JOSÉ MAURO DE BARROS CARDOSO**

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A FAZENDA PÚBLICA**

Versão Original

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Flávio Luiz Yarshell.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

SÃO PAULO – SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
**Serviço de Biblioteca e Documentação**  
**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Catálogo da Publicação  
**Serviço de Biblioteca e Documentação**  
**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Cardoso, José Mauro de Barros

A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A FAZENDA PÚBLICA  
; José Mauro de Barros Cardoso ; orientador Flávio  
Luiz Yarshell -- São Paulo, 2022.

161

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Processual) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2022.

1. Dinamização do ônus da prova. 2. Fazenda Pública  
em juízo. 3. Prerrogativas processuais. 4. Presunção  
de legitimidade e veracidade dos atos  
administrativos. 5. Reequilíbrio das posições  
processuais. I. Yarshell, Flávio Luiz, orient. II.  
Título.

---

Nome: CARDOSO, José Mauro de B.

Título: A dinamização do ônus da prova e a Fazenda Pública.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Flávio Luiz Yarshell.

**Aprovação em:**

\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

Professor(a) Doutor(a)

Instituição:

Julgamento:

Professor(a) Doutor(a)

Instituição:

Julgamento:

Professor(a) Doutor(a)

Instituição:

Julgamento:

## AGRADECIMENTOS

O que no início era um sonho distante, se tornou realidade. E é inviável se considerar que alguém que se proponha a fazer algo com alguma relevância na vida o faça sozinho. Por certo que comigo não foi diferente. Esse trabalho certamente não é resultado de uma entrega individual, mas sim fruto do amor, do companheirismo, da amizade e do incentivo de inúmeras pessoas, que tiveram papel determinante ao longo dessa jornada, e que merecem todo o meu reconhecimento e sincero agradecimento (que não cabem em uma folha de papel).

Agradeço, de início, aos meus pais, Liliane e José, pelo amor e incentivo de sempre em todas as minhas jornadas, e, principalmente, pelos sólidos valores do estudo e do trabalho, que me permitiram chegar até aqui. Obrigado por tudo. Sem vocês eu nada seria.

Às minhas queridas irmãs, Raquel e Priscilla, pelo amor, amizade, companheirismo e suporte em toda e qualquer circunstância. Obrigado por terem contribuído decisivamente para a minha formação e caráter.

À Bia, um agradecimento muito especial. Obrigado por ter compartilhado e vivenciado de perto todos os momentos e emoções vividos ao longo dessa jornada. E sabemos que não foi fácil. Sem o seu amor e companheirismo eu não teria chegado até aqui. Temos muito pela frente. Te amo.

Ao Professor Flávio Yarshell, meu sincero e profundo agradecimento pela confiança e orientações sempre valiosíssimas durante o desenvolvimento do tema. Serei eternamente grato pela oportunidade que me foi dada e por ter desde o início confiado no resultado desse trabalho, o que me permitiu oferecer essa singela contribuição à nossa ciência processual.

À Letícia Alencar, deixo aqui registrado o meu profundo agradecimento pela inspiração constante, amizade e incentivo prestado ao longo de toda essa jornada. Lê, sem a sua ajuda, esse caminho, que, sabemos, não é nada fácil, teria sido muito mais espinhoso. Obrigado por tudo.

Ao Pedro Sandrin, registro meu agradecimento pela amizade e parceria de sempre, e pelo incentivo constante nas batalhas cotidianas. Muito obrigado por ter

sempre me permitido encontrar o equilíbrio entre os desafios profissionais e acadêmicos, e assim ter chegado até aqui.

Agradeço ainda aos meus amigos e colegas de trabalhos que me acompanharam nessa trajetória, sempre com palavras de incentivo e que não me deixaram um único dia desacreditar que esse momento chegaria.

Deixo ainda um agradecimento especial os meus colegas de pós-graduação, João Cânova e Elie Eid (eles, doutorandos), que, mesmo seguindo também a sua difícil jornada acadêmica e profissional, ainda conseguiam encontrar um tempo de qualidade na agenda para contribuir com a evolução do tema.

Por fim, e não menos importante, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por todo o aprendizado e por ter me permitido vivenciar essa jornada incrível.

## RESUMO

CARDOSO, José Mauro de B. **A dinamização do ônus da prova e a Fazenda Pública**. 2022. 161 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A dissertação tem por objetivo analisar a aplicação do instituto da dinamização do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública. O tema surge a partir do diagnóstico de que há um desequilíbrio das posições do particular e da Fazenda Pública em juízo, fundado em institutos de direito processual e material, o que demandaria a utilização do referido mecanismo de alocação excepcional do ônus da prova como forma de se buscar o reequilíbrio das posições processuais. Para discorrer sobre suas premissas e objetivos, a dissertação é dividida em três partes. Na primeira delas, buscamos compreender como a alocação adequada do ônus da prova e a busca pela verdade dos fatos está relacionada com a prolação de uma decisão de mérito justa. Na segunda, abordamos os fundamentos do apontado desequilíbrio entre as posições do particular e da Fazenda Pública em juízo, passando pela análise dos aspectos relacionados às prerrogativas (ou privilégios?) processuais e à presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo. Por fim, na terceira parte da dissertação, discorreremos sobre como a utilização adequada do instituto da dinamização do ônus da prova pode servir como medida de reequilíbrio entre as partes, propondo, para isso, algumas balizas de aplicação e realizando a análise de hipóteses envolvendo demandas de direito material, especialmente aquelas de natureza ambiental, regulatória e tributária. Nesta parte analisamos, ainda, como o tema foi tratado nos Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos e da Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, ambos os trabalhos conduzidos por processualistas da mais alta relevância do cenário nacional.

**Palavras-chave:** Dinamização do ônus da prova. Fazenda Pública em juízo. Prerrogativas processuais. Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Reequilíbrio das posições processuais.

## ABSTRACT

CARDOSO, José Mauro de B. **The dynamization of the burden of proof and the Public Treasury**. 161 p. 2022. Master's Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

The aim of this dissertation is to analyze the application of the institute of the dynamization of the burden of proof in lawsuits involving the Public Treasury. The theme arises from the diagnosis that there is an imbalance in the positions of the private party and the Public Treasury in court, based on institutes of procedural and substantive law, which would require the use of this mechanism of exceptional allocation of the burden of proof as a way of seeking to rebalance the procedural positions. To discuss its premises and objectives, the dissertation is divided into three parts. In the first part, we seek to understand how the appropriate allocation of the burden of proof and the search for the truth of the facts are related to the rendering of a fair decision on the merits. In the second part, we address the fundamentals of the alleged imbalance between the positions of the private party and the Public Treasury in court, analyzing aspects related to procedural prerogatives (or privileges?) and the presumption of legitimacy and veracity of the administrative act. Finally, in the third part of the dissertation, we discuss how the appropriate use of the institute of the dynamization of the burden of proof can serve as a measure of rebalancing between the parties, proposing, for this purpose, some guidelines for its application and analyzing hypotheses involving, for example, environmental, regulatory and tax claims. In this part we also analyze how the theme was addressed in the Drafts of the Brazilian Code of Collective Proceedings and of the Reform of the Evidence Law in Brazilian Civil Procedure, both works conducted by processualists of the highest relevance in the national scenario.

**Keywords:** Dynamization of the burden of proof. Public Treasury in court. Procedural prerogatives. Presumption of legitimacy and veracity of administrative acts. Rebalancing of procedural positions.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
------------------------	-----------

### PARTE I

#### ÔNUS DA PROVA E A BUSCA PELA DECISÃO JUSTA

<b>CAPÍTULO 1. O MODELO DE PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E A SUA INCIDÊNCIA SOBRE O SISTEMA DE PROVAS.....</b>	<b>22</b>
---	-----------

<b>CAPÍTULO 2. PROVA E ÔNUS DA PROVA .....</b>	<b>30</b>
--	-----------

2.1. PROVA E VERDADE: A JUSTIÇA DA DECISÃO .....	31
--	----

2.2. ÔNUS E DEVER DE PROVAR.....	38
----------------------------------	----

2.3. ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ÔNUS DA PROVA .....	42
---	----

2.4. O TRATAMENTO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15: A INSUFICIÊNCIA DA REGRA GERAL DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA .....	48
--	----

2.5. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15.....	54
--	----

### PARTE II

#### A POSIÇÃO PRIVILEGIADA DA FAZENDA PÚBLICA

<b>CAPÍTULO 3. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO .....</b>	<b>611</b>
---	------------

3.1 PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS? .....	622
---	-----

3.2 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	76
--	----

<b>CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO PARCIAL: O DESEQUILÍBRIO ENTRE O PARTICULAR E A FAZENDA PÚBLICA .....</b>	<b>84</b>
--	-----------

**PARTE III**  
**O REEQUILÍBRIO PROCESSUAL**

<b>CAPÍTULO 5. A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A FAZENDA PÚBLICA .....</b>	<b>88</b>
<b>CAPÍTULO 6. BALIZAS DE APLICAÇÃO.....</b>	<b>91</b>
6.1. A FAZENDA PÚBLICA COMO RÉ .....	93
6.2. O ATO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....	96
6.3. DEMANDAS ENVOLVENDO DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PARTICULAR .....	99
<b>CAPÍTULO 7. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO .....</b>	<b>106</b>
7.1. DIREITO AMBIENTAL. ....	107
7.2. DIREITO TRIBUTÁRIO.....	119
7.3. DIREITO REGULATÓRIO.....	131
<b>CAPÍTULO 8. ANÁLISE DE PROPOSTAS NORMATIVAS.....</b>	<b>141</b>
8.1. ANTEPROJETO DE REFORMA DO DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	142
8.2. ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS.....	144
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>152</b>

## INTRODUÇÃO

*“Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.”*. O primeiro parágrafo da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, redigido pela Comissão de Juristas que conduziu os trabalhos de elaboração do novo diploma, conseguiu sintetizar em poucas palavras o espírito e talvez o principal objetivo do ordenamento processual proposto: a realização efetiva do direito material dos jurisdicionados.

Para tal, e como também deixado claro pela referida Comissão na mesma Exposição de Motivos, a sistematização das normas processuais e a incorporação no texto de institutos e posicionamentos jurisprudenciais já consolidados não teve como pretensão alimentar questões meramente acadêmicas, mas sim obter um maior grau de funcionalidade do processo, de modo a favorecer e estimular a pretendida busca pela efetividade do direito material.

Na perseguição deste objetivo diversas matérias foram tratadas e revistas no Código de Processo Civil de 2015, com destaque, por exemplo, para o sistema recursal, a necessidade de observância aos precedentes jurisprudenciais e a confirmação do movimento de constitucionalização do processo – em sintonia com o *neoconstitucionalismo* e a normatização dos princípios. Mas também outros temas foram objeto de considerações, dentre os quais, as regras relativas ao ônus da prova.

Neste aspecto, necessário se faz o destaque à positivação do instituto da dinamização do ônus da prova em nosso ordenamento, por meio do art. 371, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que passa a ter papel relevante para a formação do conjunto probatório necessário ao melhor julgamento de mérito da causa, ao atribuir, nas hipóteses autorizadas, o ônus da prova àquele que estiver em melhores condições de produzi-la. Tal instituto se revela, assim, um instrumento de promoção da paridade de armas e da própria justiça da decisão, ao contribuir para que o maior número de provas relativas ao pressuposto fático envolvido na demanda esteja à disposição do juiz.

Esta medida de equilíbrio se mostra ainda mais relevante e necessária nas demandas em que se nota algum grau de disparidade prévia entre as partes, seja de

natureza processual ou material. Nesse cenário, trataremos, em especial, das demandas envolvendo o particular e a Fazenda Pública. Partindo de uma premissa, a ser construída e explorada, de que há um desequilíbrio prévio nas posições processuais do particular e da Fazenda Pública, favorável a esta última, o presente trabalho terá como objetivo propor uma reflexão sobre como a aplicação da dinamização do ônus da prova poderá ser um instrumento importante para a busca pelo reequilíbrio das posições processuais das partes e a obtenção de uma decisão de mérito mais justa.

Para isso, e com vistas a uma construção teórica que permita a adequada compreensão e crítica do presente trabalho, o primeiro tema a ser tratado será a incorporação em nosso ordenamento do modelo de Processo Civil Cooperativo e a sua relação com o tema das provas. Positivado no art. 6º do Código de Processo Civil, o elemento da cooperação se tornou um valor intrínseco a ser observado na conduta dos sujeitos processuais, e, sem dúvida, passou a constituir um dos principais vetores interpretativos do nosso sistema processual.

Intrinsecamente ligado a outros valores de extrema relevância, como a lealdade e a boa-fé processuais, o modelo processual cooperativo, a nosso ver, atinge em cheio o sistema probatório, pois, sob a ótica deste modelo, os sujeitos processuais devem cooperar para a produção de um conjunto probatório mais próximo possível da realidade dos fatos e, com isso, propiciar um julgamento justo. E por certo que isto se refletirá na forma como o juiz perseguirá os elementos fáticos necessários para que o processo atinja os fins pretendidos.

A partir desta nova forma de se compreender e aplicar o direito processual civil, deve-se evitar ao máximo que soluções de mérito sejam proferidas considerando apenas o aspecto objetivo do ônus da prova, como regra de julgamento. Ao contrário, deve-se privilegiar a solução de direito material que esteja aderente à realidade dos fatos alegados, e, portanto, mais justa, principalmente quando as circunstâncias do caso concreto revelarem a necessidade de tratamento excepcional do ônus da prova.

Vistos os pilares desta norma fundamental do processo – que Humberto Theodoro Junior considera uma das bases do *contraditório democrático*<sup>1</sup> – e a forma

---

<sup>1</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

com que a cooperação irradia sobre o tema das provas, trataremos na sequência do instituto da prova em si. De início, destacaremos a sua finalidade de buscar o convencimento do juiz acerca da veracidade dos fatos alegados pelas partes, passando ainda pela análise dos seus aspectos objetivo e subjetivo. Veremos ainda a importância da prova para o atendimento de um dos principais objetivos do processo moderno: a obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva. Fazendo referência à doutrina de Taruffo<sup>2</sup>, veremos que a justiça de uma decisão depende essencialmente da veracidade das premissas fáticas sobre as quais ela incide.

Ainda no contexto da fixação teórica das premissas necessárias para o objeto do presente estudo, trataremos da abordagem conceitual do ônus da prova, de modo a restarem esclarecidas, por exemplo, noções acerca da distinção entre ônus e obrigação/dever, e a sua aproximação com uma situação jurídica ativa facultativa – o que Fredie Didier Junior e Pedro Henrique Nogueira consideram como um *poder processual*<sup>3</sup>. Restará claro, aqui, que o eventual não atendimento do encargo pela parte não a sujeitará a qualquer tipo de sanção, estando a parte onerada sujeita apenas aos riscos que os efeitos de não produção probatória incidirão sobre a decisão de mérito do juiz.

Compreendida a distinção entre dever e ônus de provar, veremos também no presente estudo que o ônus da prova pode ser visto sob os aspectos objetivo e subjetivo, sendo o primeiro caracterizado pela definição do instituto como regra de julgamento nas hipóteses em que o conjunto probatório tiver se mostrado insatisfatório para a formação da convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos alegados, enquanto o segundo atribui ao ônus da prova a função de regra de instrução, tendo como objetivo informar e orientar o comportamento das partes acerca da produção probatória, vistos os riscos envolvidos em um eventual não atendimento dos encargos atribuídos.

Fixados estes pontos preliminares sobre o tema das provas, passaremos à análise da regra geral da distribuição estática do ônus da prova no nosso sistema

---

<sup>2</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*; tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016; TARUFFO, Michele. *A prova*. João Gabriel Couto (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferri Beltran. Madrid: Trotta, 2005.

<sup>3</sup> DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 127.

processual, reproduzido no art. 373 do CPC/2015, que tem como elementos fundamentais para se definir a alocação deste ônus a posição da parte processual e a natureza do *thema probandum*. Nesta sistemática, cabe ao autor da demanda a produção do conjunto probatório constitutivo do seu direito, e, ao réu, o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do alegado direito do autor, não importando a análise sobre qual parte possui maior facilidade para produzir determinada prova relevante para a melhor solução do conflito.

Em que pese a suficiência desta regra geral para a solução de grande parte das demandas, a definição do ônus da prova de maneira prévia e estática, por vezes, impede que em determinadas hipóteses seja obtida decisão de mérito em sintonia com os pressupostos fáticos sobre os quais se instaurou a controvérsia, visto que a regra muitas vezes desconsidera particularidades do caso concreto em que a parte que não recebe o encargo probatório se encontra em posição mais vantajosa para a produção da prova necessária ao melhor resultado da demanda. Nestes casos, prioriza-se a mera solução da demanda e a utilização do ônus da prova como regra de julgamento, em detrimento da justiça da decisão e da verdadeira solução da controvérsia.

Verifica-se, assim, que a utilização da regra geral de distribuição do ônus da prova para toda sorte de litígios não mais coaduna com o nosso modelo de processo atual, pautado na cooperação, na efetividade do direito material e na busca pela pacificação do conflito. Ainda que tenha o legislador previsto a técnica excepcional da inversão do ônus da prova, esta opção também não se mostra suficiente para o tratamento de determinadas hipóteses, visto que a mera transferência da integralidade do encargo probatório para a contraparte não necessariamente permitiria ao juiz a obtenção dos elementos fáticos necessários para a prolação de uma decisão de mérito justa, mas sim pautada em presunções que poderiam estar distantes da realidade do pressuposto fático.

Neste contexto, e considerada a inadequação da técnica de distribuição estática para a solução justa de toda sorte de conflitos, e a necessidade de ampliação da oferta do conjunto fático-probatório disponível ao juiz, ganhou força a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Neste ponto do trabalho, proporemos inicialmente uma análise sobre as origens do instituto e seus fundamentos lógicos. Na sequência, veremos

como o Código de Processo Civil de 2015, por meio de seu §1º do art. 373, acolheu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Corolário de valores como a isonomia processual, lealdade, cooperação, boa-fé, contraditório, devido processo legal e acesso à justiça, e também impulsionado pelo irrefreável movimento da *tutela constitucional do processo*<sup>4</sup>, o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova adquiriu notória relevância na ciência processual brasileira nos últimos anos, tendo sido objeto de dissertações<sup>5</sup>, teses<sup>6</sup> e obras específicas<sup>7</sup>.

Corroborando a sua crescente participação no cenário processual brasileiro, observa-se ainda a existência de casos em que, mesmo antes da promulgação do atual Código de Processo Civil, a utilização do instituto em referência se mostrou instrumento importante para a adequada solução de controvérsias pelos nossos Tribunais, com destaque para posições de vanguarda dos Tribunais de Justiça do Estado

---

<sup>4</sup> Ao apontar a relevância de se estudar o direito processual a partir da Constituição, Flávio Yarshell destaca que “desde que o direito processual ganhou foros de autonomia, exame dessa natureza tem sido feito pela doutrina processual civil, penal e de teoria geral, com relevantes ganhos já consolidados, a ponto de se falar em um ‘direito processual constitucional’”. (YARSELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons., 2014, p. 74)

<sup>5</sup> Apenas nesta Casa, destacamos os seguintes trabalhos: MALAGÓ, Fábio Machado. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 262; PIRES, Cristiane Pedrosa. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 147; PALMITESTA, Mariana Aravenchia. *Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 119; MARCASSA FILHO, André Luiz. *Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 223; RODRIGUES, Flávia Benzatti Tremura Polli. *Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 220.

<sup>6</sup> Ver: COUTO, Camilo José d'Avila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 280.

<sup>7</sup> Sobre o tema, destacamos as seguintes obras: LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC*. Ed. Método; MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: JusPosivm, 2016; CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (Coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018;

do Rio Grande do Sul<sup>8</sup>, do Distrito Federal<sup>9</sup>, e também do Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>.

Afastando-se da regra geral da distribuição estática do ônus da prova – que permanece no CPC de 2015 –, em que a posição processual da parte e a natureza do fato a ser provado são os únicos critérios para se definir quem suportará o encargo da produção probatória, a distribuição dinâmica do ônus da prova, por outro lado, se revela uma possibilidade de verdadeira adequação do processo às particularidades do caso concreto, contribuindo para a melhor resolução da demanda quando a regra geral se mostrar insuficiente.

Isto porque, o instituto tem por objetivo principal permitir ao juiz que, na busca pela realidade dos fatos que viabilize o julgamento justo e efetivo da causa, se obtenha a prova necessária da parte que detenha melhores condições de fornecê-la, independentemente da sua posição processual. Trata-se, assim, de relevante instrumento a ser utilizado na busca pela redução da distorção que ainda se observa na prática processual, em que demandas muitas vezes deixam de ter a melhor solução de mérito por conta da ausência de elementos fáticos disponíveis ao juiz.

Por certo que a compreensão e a adequada aplicação do instituto ainda demandarão um processo de amadurecimento do tema na doutrina e na jurisprudência, o que será feito em consonância com a utilização de outros institutos e princípios correlatos – com destaque para a necessidade da efetiva incorporação do modelo de Processo Cooperativo e suas vertentes, o que, a nosso ver, será importante para o sucesso metodológico da distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Quinta Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70064808298, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, DJE 22/05/2015.

<sup>9</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento 20140020301256, Relator Desembargador Angelo Passareli, DJE 28/09/15.

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 619.148/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJE 01/06/2010.

<sup>11</sup> Humberto Theodoro Junior, ao se referir às lições de Jorge W. Peyrano, aponta as seguintes conclusões: “(a) a doutrina das cargas dinâmicas da prova representa um giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, sob a perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça (JUAN ALBERTO RAMBALO). (b) leva em conta, essa doutrina, o comportamento das partes, a responsabilidade do juiz e a justiça do caso concreto (INÉS MARIA AIRASCA); (c) não viola, a teoria das cargas dinâmicas, o direito de defesa, mas, ao contrário, mantém a igualdade material e real das partes no processo e atende ao valor justiça (IVANA MARIA AIRASCA); (d) essa doutrina atende os anseios da sociedade democrática, refletindo a moderna visão solidarista e de colaboração das partes com o órgão judicial, no desenvolvimento do processo justo (MARÍA BELÉM TEPSICH); (e) a tese logrou



Fixadas estas premissas, avançaremos no principal objetivo do estudo aqui proposto: a análise dos aspectos da aplicação da dinamização do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública<sup>12</sup>. Inaugurando este bloco epistemológico, faremos uma análise do conceito de Fazenda Pública<sup>13</sup>, de modo a identificarmos as entidades que o integram.

Sabe-se que a promoção da isonomia e a defesa do interesse público são os principais elementos utilizados pela parte da doutrina que defende a legitimação do tratamento privilegiado que a Fazenda Pública possui em juízo<sup>14</sup>. Para tal, parte-se da premissa de que os entes que compõem a Administração Pública se encontram em situação de vulnerabilidade material em relação ao particular – visto a sua inerente lentidão e burocracia –, e que, por atuarem em prol do interesse público (ou do “erário”), demandariam a concessão de vantagens processuais.

O Código de Processo Civil de 2015, mantendo as diretrizes do Código de 1973 sobre o tema, garantiu à Fazenda Pública uma série vantagens ao longo de todo o processo, como, por exemplo, o prazo em dobro para todas as suas manifestações (art. 183), a intimação pessoal de seus representantes (art. 183), o duplo grau de jurisdição como condição de eficácia para as sentenças contrárias (art. 496, à exceção das hipóteses dos §§ 3º e 4º), a dispensa para o depósito da caução como condição para a propositura da ação rescisória (art. 968, §1º), a não incidência dos efeitos materiais da revelia quando se tratar de direitos indisponíveis (art. 345, II). Além das prerrogativas previstas no CPC/15, destacamos, ainda, os prazos prescricionais próprios (Decreto no. 20.910/32) e o regime de precatórios como forma de pagamento de suas condenações (art. 100, CF).

---

importantes reflexos no direito comparado (Argentina, França, Itália, Alemanha etc.) (SILVANA PEREIRA MARQUES).” (THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015)

<sup>12</sup> Para demandas envolvendo a Fazenda Pública, Cássio Scarpinella Bueno traz o conceito de Direito Processual Público. Neste sentido, ver “BUENO, Cassio Scarpinella. “A emergência do Direito Público Processual”, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1017.

<sup>14</sup> Sobre o tema, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 112; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

A Fazenda Pública goza ainda de outra proteção, de direito material, e que tem reflexos diretos sobre o tema das provas: a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Apesar de não se tratar de uma presunção absoluta de conformidade do ato com a lei, a presunção relativa de legitimidade impõe necessariamente àquele que o questionar – o particular, no caso – o ônus de comprovar que o ato está eivado de ilicitude. Com isso, enquanto não houver pronunciamento em sentido contrário de algum órgão judicial ou administrativo competente, o ato permanecerá válido e eficaz para todos os seus efeitos.

Não obstante a importância conferida pela doutrina administrativista tradicional à esta presunção, veremos que vem se desenvolvendo nos últimos anos uma corrente de expressão tendente a questionar as bases e a própria existência deste atributo do ato administrativo, tendo como ponto de partida uma proposta de releitura do papel do Estado e da sua relação histórica de dominância em relação ao particular. No plano processual, a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo acarreta a transferência de um ônus reforçado da prova para o particular, que, no caso concreto, deverá reunir os elementos necessários para afastar a legitimidade do ato que de alguma maneira atingiu a sua esfera jurídica, ainda que não tenha participado da prática dos atos ou mesmo que tenha tido acesso ao conjunto probatório necessário para elidir esta presunção. Esta tarefa se mostra ainda mais desafiadora quando envolve atos sancionadores praticados por entidades de natureza técnica da Administração Pública, como Agências Reguladoras e órgãos fiscalizadores ambientais e tributários, por exemplo.

Sob essa ótica, a extensa lista de prerrogativas processuais conferidas à Administração Pública, somada à presunção de legitimidade do ato administrativo e à regra geral de distribuição do ônus da prova, prevista no caput do art. 373 do novo CPC, a nosso ver, gera um profundo desequilíbrio entre as posições processuais dos particulares e da Fazenda Pública em juízo, o que muitas vezes é capaz de inviabilizar a produção probatória adequada pelo particular, e, por consequência, prejudicar a sua garantia de acesso à ordem jurídica justa. Vale dizer que, não raras vezes, o particular não participou ou sequer teve acesso aos elementos produzidos pela Administração que fundamentaram a edição do ato impugnado judicialmente – que, reitera-se, já nasce

dotado de presunção de legitimidade –, o que torna ainda mais desafiadora a obrigação de se desincumbir do ônus da prova no curso da ação.

Daí a importância de se verificar como a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova pode (e a nosso ver, deve) ser utilizada no caso concreto para corrigir esta distorção e recolocar as partes em equilíbrio processual, sempre em observância à garantia da isonomia e à efetividade do direito material envolvido, e de modo que a posição privilegiada da Fazenda Pública não se torne uma condição intransponível para a busca por uma decisão justa pautada na verdade dos fatos.

Importante delimitar que não se está propondo aqui que as prerrogativas processuais sejam revistas ou mesmo que a presunção de legitimidade dos atos administrativos perca sua efetividade quando a Fazenda Pública se encontrar em juízo. Não obstante a referência à correntes doutrinárias que propõem uma reflexão sobre esses temas, o objetivo deste trabalho é propor formas de conciliação destas vantagens da Fazenda Pública com a adequada aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova como medida de reequilíbrio, em especial, quando a Administração estiver em melhores condições para produzir o conjunto probatório – ou mesmo quando esta for a detentora das informações necessárias para que o particular possa produzir o conjunto probatório constitutivo do seu direito<sup>15</sup>.

Para tal, é de fundamental importância que o ônus da prova passe a ser distribuído pelo juiz em observância às particularidades do direito material envolvido e à facilidade de sua produção, e não mais através de uma análise superficial, rígida e muitas vezes descolada da realidade fática, que leve em consideração somente a posição processual das partes e a natureza do fato a ser provado – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. E se verá que as demandas em que a Fazenda Pública integra o polo passivo da ação, especialmente quando envolver a

---

<sup>15</sup> Faz-se referência aqui ao exemplo mencionado por Lucia Valle Figueiredo, quando afirma que em determinada ação movida pelo particular para questionar a decisão da Fazenda Pública de demolir o seu imóvel por ameaça à incolumidade pública, o ônus de provar o risco que o imóvel traz para a comunidade deve ser da própria Fazenda Pública, que foi quem elaborou os relatórios e laudos técnicos que embasaram a decisão, e não o particular, que apenas foi atingido pela determinação e sequer participou da produção destes elementos. Porém, ao se levar em conta a aplicação da regra geral da distribuição estática do ônus da prova, invariavelmente caberá ao particular provar que a decisão da Fazenda Pública se encontra eivada de ilegalidade. (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9 ed.. São Paulo: Malheiros, 2008).

impugnação de ato administrativo sancionador que atingiu a esfera do particular, se constitui um campo fértil para a aplicação do instituto.

Em que pese a relevância da distribuição dinâmica do ônus da prova para a busca da verdade dos fatos e para a obtenção do reequilíbrio processual nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, será também objeto do presente estudo a necessidade de utilização parcimoniosa do instituto em referência, de modo que não se crie para nenhuma das partes uma *probatio diabólica reversa* – aqui entendida quando a prova de determinado fato se mostrar extremamente difícil ou mesmo impossível para a parte que receber a incumbência de prova<sup>16</sup>.

Isso porque, da mesma forma que se parte de uma premissa de desequilíbrio na posição do particular frente à Fazenda Pública, não nos parece razoável se propor que a Administração Pública, quanto litigasse em juízo, passasse a suportar invariavelmente o ônus da prova, sem que os elementos do caso concreto sejam levados em consideração, e, principalmente, sem a identificação da parte que possua maior facilidade para produzir o conjunto probatório necessário para o adequado deslinde da causa.

Considerando a pluralidade de situações em que a Fazenda Pública se encontra em juízo, proporemos algumas balizas de referência para a identificação de hipóteses em que o desequilíbrio processual em desfavor do particular se revela potencialmente acentuado, demandando a dinamização do ônus da prova como medida de reequilíbrio. Partindo da identificação desses parâmetros, se verá como o instituto encontra campo fértil para aplicação em demandas que envolvam determinadas áreas do direito material, notadamente aquelas de natureza ambiental, tributária e regulatória.

Corroborando a importância da temática serão ainda objeto de breve análise as proposições do tratamento da matéria em trabalhos realizados pela melhor doutrina processual. Primeiramente, trataremos do Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, resultado do trabalho do Observatório das Reformas Processuais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, coordenado pelo Professor Leonardo Greco, em que se adotou expressamente a opção pelo acolhimento da distribuição dinâmica do ônus da prova. Dando luz ao problema envolvendo a

---

<sup>16</sup> Sobre o tema, vide CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 31, Ed. Dialética.

alocação do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, sugeriu-se dispositivo específico determinando que no litígio que verse sobre a validade de ato administrativo, incumbirá sempre à Fazenda Pública o ônus da prova da “causalidade adequada” do ato.

Em seguida, destacaremos o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria dos Professores Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe<sup>17</sup>, que, em trabalho de vanguarda, manifestou a opção expressa por distribuir o ônus da prova de acordo com a maior facilidade de sua produção, ou levando-se em conta os conhecimentos técnicos e/ou fáticos detidos pelas partes o que, por certo, coaduna com o espírito do instituto recém-positivado em nosso ordenamento processual.

Por certo que o tema da distribuição dinâmica do ônus da prova ainda será objeto de debates pela doutrina processual nos próximos anos, visto a esperada tendência de crescimento de sua aplicação pelo Poder Judiciário nas mais diversas demandas em que a regra da distribuição estática não se revelar suficiente e adequada para a melhor decisão de mérito.

Diante do cenário que se apresenta, acreditamos que o presente estudo poderá contribuir para a reflexão sobre a importância da utilização da dinamização do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, bem como para a fixação das balizas que entendemos adequadas para a correta compreensão e aplicação do instituto, como medida de verdadeiro fomento à solução de mérito justa e aderente aos pressupostos fáticos da causa.

---

<sup>17</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, e WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

**PARTE I**  
**ÔNUS DA PROVA E A BUSCA PELA DECISÃO JUSTA**

## CAPÍTULO 1. O MODELO DE PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E A SUA INCIDÊNCIA SOBRE O SISTEMA DE PROVAS

Com vistas a construção das premissas teóricas que permitam a adequada compreensão das bases e finalidades deste estudo, o primeiro tema a ser tratado será a incorporação definitiva do modelo de processo civil cooperativo em nosso ordenamento, e os seus reflexos sobre o tema das provas.

Positivado no art. 6º, do CPC/15, o dever de cooperação alcançou status de norma fundamental<sup>18</sup> do processo civil e se tornou um valor intrínseco a ser observado na conduta dos sujeitos processuais, passando a constituir um dos principais vetores interpretativos do nosso sistema – e que se reflete em diversos institutos e deveres das partes e do juiz fixados no Código de Processo Civil de 2015<sup>19</sup>. Mais do que uma regra ou um princípio isolado, portanto, trata-se de um elemento que inaugura um novo modelo de processo<sup>20</sup>, superando os históricos modelos inquisitório e dispositivo<sup>21</sup>.

Tendo como referência o movimento de constitucionalização do processo, e intrinsecamente ligado a valores como a lealdade e a boa-fé processuais, o modelo processual cooperativo busca, essencialmente, valorizar o diálogo, combater condutas

---

<sup>18</sup> Reforçando a relevância da sua previsão legal, note-se que o referido dispositivo foi inserido topograficamente no Título Único das Normas Processuais Cíveis, que dispõe sobre as “Normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”.

<sup>19</sup> Compilando referências variadas trazidos na doutrina, podemos apontar como alguns exemplos práticos de materialização do princípio da cooperação fixados no código, os seguintes atos: (i) vedação ao juiz de conhecer matéria de ofício, sem antes viabilizar o contraditório (art. 10); (ii) primazia pelo julgamento de mérito (art. 282, §2º) e instrumentalidade das formas (art. 317); (iii) saneamento compartilhado (art. 357, §3º), (iv) negócios jurídicos processuais (art. 190); (v) aprovação do calendário processual estabelecido entre o juiz e as partes (art. 191); e audiência de mediação (art. 334).

<sup>20</sup> Sobre o tema, Mitidiero aponta que “Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro de sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática insita ao Estado Constitucional.” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo com Lenio Streck. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 194, 2011).

<sup>21</sup> Ao analisar o papel do juiz e das partes no que chamou de processo civil moderno, Barbosa Moreira, já em 1984, apontava que “O lema do processo ‘social’ não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele; apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras.”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 56).

antiéticas e atos meramente protelatórios praticados pelas partes no curso da ação, bem como propiciar um ambiente de maior equilíbrio e colaboração entre as partes e o juízo.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior aponta que o dever de cooperação pode ser visto como um “desdobramento do princípio moderno do contraditório constitucionalmente assegurado”, e intimamente conectado com a própria democracia, ao garantir às partes a efetiva oportunidade de influenciar o julgamento da demanda – no que o autor denominou de “contraditório democrático”<sup>22</sup>.

A posituação da perspectiva do modelo cooperativo rompe em definitivo com o modelo até então vigente, pautado na assimetria e no desequilíbrio entre as posições do juiz e das partes, para resgatar o diálogo, a “dialecticidade” e a “efetiva participação e equânime estruturação das situações jurídicas processuais”<sup>23</sup> como forma de se buscar a decisão mais justa. E isso inclui uma própria releitura do papel do juiz.

Ao contrário da posição de quase hierarquia assumida no modelo processual caracterizado pela assimetria na relação entre as partes e o juiz, no modelo cooperativo o juiz e as partes se colocam em uma posição, não de igualdade, mas notadamente harmônica, caracterizada pelo diálogo e pelo contraditório reforçado. Sobre este último elemento, Dinamarco afirma que:

[A]brange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso também que este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas.<sup>24</sup>

Com visão semelhante, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira leciona que:

Ora, a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe -se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais

---

<sup>22</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 56 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 81.

<sup>23</sup> MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: JusPosivm, 2016, pag. 37.

<sup>24</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.



ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores.<sup>25</sup>

O juiz assume no modelo cooperativo um papel adicional. Além de julgar a causa, passa a atuar de maneira proativa para com as partes e a atender os propagados deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio no curso de todo o processo<sup>26</sup>. Sobre este aspecto, Dinamarco deixa claro ainda que o art. 6º, do CPC, “tem em mente não apenas o dever de cooperação das partes com o juiz, mas também deste em face daquelas.”<sup>27</sup>.

Por certo, entretanto, que não se deve confundir o modelo cooperativo e a propagada ideia de “comunidade de trabalho”<sup>28</sup> com a busca por um resultado comum das partes ou mesmo que possa comprometer a imparcialidade do juízo. A posição contrária das partes sempre vai existir e é um verdadeiro pressuposto para que o processo cooperativo possa atingir suas finalidades, guiando o debate (inerente ao processo) por vias éticas, leis e de boa-fé<sup>29</sup>. Da mesma forma, a atividade jurisdicional é dotada de imperatividade e o juiz estará, no momento de julgar a causa, sempre em posição distinta das partes.

---

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. 44, 2003, p. 179-212.

<sup>26</sup> Mitidiero aponta que “por dever de esclarecimento entende-se ‘o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo’ (...). Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. Por dever de debate, o dever de o órgão judicial dialogar com as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do conteúdo das decisões. (...). Por dever de auxílio, ‘o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais’.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.).

<sup>27</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p..

<sup>28</sup> Sobre a origem da expressão, ver: KOICHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationmaxime*). *Revista de Processo*. local e editora, vol. 251, 2016.

<sup>29</sup> Humberto Theodoro Júnior adverte que, apesar de a redação do dispositivo sugerir que o dever de cooperação se aplique somente ao processo de conhecimento, ele deve ser observado em qualquer tipo de processo, principalmente, no processo de execução, “em que cabe às partes, por exemplo, indicar os bens penhoráveis e eleger os meios executivos mais eficientes e menos gravosos.” (THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 56 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 85.)

O tema deve ser compreendido a partir das lentes da realidade e sem a indução do intérprete no sentido de que haveria algum grau de isonomia entre as partes e o juiz. Não é disso que se trata. O reforço da eticidade, do contraditório e da boa-fé objetiva no processo buscam um julgamento justo e efetivo, mas sem fazer com que o processo perca as suas raízes e seus pressupostos básicos, dentre os quais a existência de um conflito entre as partes, a ser decidido pelo juiz<sup>30</sup>.

Atento ao problema, Mitidiero afirma que “ignorar, no entanto, a imperatividade da jurisdição e a necessidade de submissão da parte ao seu comando à vista da assimetria inerente a esse momento da atuação estatal parece equivocado”. E prossegue, “mais adequado, portanto, pensar mesmo em um juiz paritário no diálogo e assimétrico na decisão para caracterização do papel do juiz do Estado Constitucional”<sup>31</sup>.

Não seria factível, da mesma forma, se esperar que a inclusão do art. 6º no Código de Processo Civil de 2015, por si só, fosse suficiente para consolidar a migração do nosso sistema processual para o novo modelo cooperativo. É fato que estamos tratando de comportamentos dos sujeitos processuais, como uma forma de se enxergar os novos caminhos que devem ser seguidos para que a jurisdição possa entregar o seu melhor resultado – materializado pela decisão de mérito justa e efetiva. E isso demanda também uma mudança cultural de todos os atores processuais, o que exige tempo e uma releitura de papéis. Importante, também, que a prática revele os benefícios decorrentes do modelo cooperativo, como forma de consolidá-lo e estimular ainda mais a sua observância.

Para isso, e como um desafio adicional, vale observar que o texto legal não traz as previsões expressas de quais atos devem ser praticados em consonância com o princípio da cooperação. Este é um entendimento que deve ser feito a partir da releitura de institutos e das diversas oportunidades que o processo confere às partes de conduzir

---

<sup>30</sup> Para afastar eventuais equívocos na compreensão das premissas básicas do princípio da compreensão, Mitidiero aponta que “*a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres da boa-fé e da lealdade, assunto correlato, mas diverso).*” (MITIDIERO, Ob. Cit. p. 62).

<sup>31</sup> Ob. Cit. pág. 72.

o embate com lealdade, ética, e sob uma postura dialética do juiz<sup>32</sup>. Como bem apontado por Greger, “princípios processuais são mais do que instruções para as partes do processo – eles são ideias fundamentais que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao comportamento das partes.”<sup>33</sup>.

Caracterizado o modelo de processo cooperativo, fato é que esta nova forma de enxergar o sistema processual atinge também o sistema probatório. Esta afirmativa não poderia ser diferente, visto a conexão direta entre a prova e os fins pretendidos pelo processo cooperativo, consistente na busca pela decisão de mérito justa e efetiva. A necessidade de se reforçar o diálogo, a eticidade, a harmonia entre as partes e o juiz, bem como a produção de todos os elementos necessários para que se chegue ao melhor entendimento sobre o mérito da controvérsia, deve passar, necessariamente, pela instrução probatória do processo.

Corroborando esta afirmativa, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu alguns pontos de contato importantes entre o modelo cooperativo e o sistema probatório, que merecem atenção. Ratificando os valores da cooperação e da busca pela verdade, os art. 77, I, e 378, do CPC/15, estabelecem, respectivamente, que é dever das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade e que ninguém poderá se eximir do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Trata-se de uma quase redundância – provavelmente proposital do legislador – para que não haja dúvidas acerca da importância da fixação das bases desse novo modelo processual, pautado na colaboração e na busca pela verdade. Sobre os referidos dispositivos, Marinoni e Arenhart entendem se tratar de previsões inerentes à submissão das partes ao próprio monopólio da jurisdição. Nesse sentido:

“Com efeito, a *razão* dessa previsão é evidente: se o Estado deve solucionar o conflito de interesses com a finalidade de aplicar o direito

---

<sup>32</sup> Podemos identificar alguns exemplos citados e doutrina de atos processuais que refletem o espírito do dever de cooperação, como, o dever de consulta e contraditório reforçado, dos arts. 9º e 10; a relevância da fundamentação das decisões, como expressão e resultado do diálogo existente ao longo do processo, do art. 489 e seu §1º; a possibilidade de escolha consensual do perito, prevista no art. 471; e o saneamento compartilhado nas causas complexas, do art. 357, §3º.

<sup>33</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Ronaldo Kochem (trad.). *Revista de Processo*. v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

– sendo esse, também, o objetivo último da sociedade na instituição do Estado-jurisdição –, que a decisão jurisdicional seja a mais adequada. Daí resulta que o dever de colaboração é inerente ao monopólio da jurisdição. Demais disso, não há como esquecer que esse dever decorre do dever geral de sujeição ao poder do Estado. Afinal, se todos estão submetidos ao poder estatal, igualmente estão subjugados pela jurisdição, de forma a estarem constrangidos a colaborar com o Estado para a ‘descoberta da verdade’<sup>34-35</sup>.

O segundo aspecto capaz de materializar a conexão entre o modelo cooperativo e o sistema de provas pode ser identificado na possibilidade de delimitação dos fatos a serem provados no curso do processo. Nesse particular, o modelo de processo cooperativo aparece reluzente na novidade trazida pelo §2º do art. 357 do CPC de 2015, que admite que as partes podem apresentar ao juiz a delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e os meios de prova admitidos, e que, se homologada, vinculará as partes e o próprio juiz.

Não obstante se tratar de negócio jurídico processual, e, portanto, sujeito ao controle de legalidade (que deverá verificar, por exemplo, se tratar de negócio envolvendo direitos disponíveis e celebrado por partes capazes), nos parece evidente a presença da cooperação como elemento norteador dessa previsão. Ratificando essa leitura, Mitidiero reforça que “a comunidade de trabalho faz-se aqui mais uma vez presente – polarizada pelo diálogo, constitui-se em uma verdadeira comunhão cooperativa para seleção do objeto da prova.”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 176.

<sup>35</sup> Em caso de eventual violação aos deveres de colaboração e de veracidade em matéria probatória, Marinoni e Arenhart entendem que as partes, além da sanção da presunção de veracidade dos fatos alegados pela contraparte, estarão sujeitas também ao pagamento de multa por litigância de má-fé e indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos, na forma dos arts. 80 e 81. Nesse sentido, afirmam que “o descumprimento do dever estabelecido no art. 378 (e com maior razão daquelas imposições presentes nos arts. 379 e 380) possui punição clara no CPC, apresentando, por conseguinte, evidente conotação coercitiva” (*Op. cit.*, p. 175). Em sentido diverso, Yarshell aponta que a colaboração e a cooperação “podem e devem ser vistas como fatores de aprimoramento da decisão e, sob essa ótica, altamente desejáveis para o sistema. Contudo, não podem elas ser tecnicamente qualificadas como deveres, cuja não-observância autorizaria a imposição de sanções.” E prossegue, “Ainda que se diga que o dever de colaboração da parte na busca da verdade está ligado à obtenção de uma decisão justa (porque aderente à realidade), impor uma sanção pecuniária a quem não colaborou seria penalizar aquele que presumivelmente já foi penalizado pela própria injustiça da decisão. Para fazer uma imagem, seria punir alguém por lesar sua própria integridade.” (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174.).

<sup>36</sup> MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 131.

Além da possibilidade da delimitação consensual do *thema probandum* e dos meios de prova admitidos, o CPC trouxe, ainda, em seu §3º do art. 357, a figura do saneamento compartilhado, aplicável quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, e que será realizado “em cooperação com as partes”. Nesta hipótese, além da delimitação das questões de fato e dos meios de prova admitidos, será debatida ainda, conjuntamente pelas partes e o juiz, a melhor definição sobre a distribuição do ônus da prova, aspecto este fundamental para se chegar à decisão de mérito justa e efetiva – o que será visto detalhadamente nos próximos capítulos deste trabalho.

Digno de nota, ainda, que a forma cooperativa de sanear o feito torna-se uma obrigação imputada ao juiz quando presente o requisito da complexidade, o que pode ser extraído da clareza da redação do referido dispositivo ao indicar que “deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, (...)”. Não sendo, portanto, uma faculdade do juiz optar pelo saneamento da forma, digamos, individual, ou compartilhada, resta claro, uma vez mais, que o sistema processual manifesta reiterada predileção pelos atos praticados como resultado da comunidade de trabalho constituída entre o juiz e as partes. Tal afirmativa pode ser justificada, também, pelas próprias externalidades positivas do ato praticado de forma cooperativa, como uma maior eficiência e objetividade do processo, a redução de recursos interpostos e a maior contribuição para a formação do convencimento do juiz.

Além disso, nos arriscamos a dizer que, tanto a delimitação consensual das partes sobre questões de fato e meios de prova admitidos, homologada pelo juiz, prevista no art. 357, §2º, como a delimitação resultante do saneamento compartilhado entre as partes e o juiz, regulada pelo §3º do mesmo artigo, podem ser compreendidos como atos limitadores dos poderes de instrução exercidos isoladamente pelo juiz<sup>37</sup> previstos no art. 370.

---

<sup>37</sup> Sobre os poderes instrutórios do juiz, afirma Humberto Theodoro Júnior que “não comete, portanto, o NCPC, pecado algum contra a democracia brasileira, quando confere amplo poder de iniciativa da prova ao juiz. Isto porque, na sempre lembrada lição de Alexandre Freitas Câmara, no modelo de Estado Democrático de Direito adotado por nossa Constituição (que é o de um Estado democrático ativo), ‘a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário’”. (Ob. Cit. p. 872)

O que se pode extrair da análise dessas hipóteses é que os atos processuais, quando proferidos sob o prisma da cooperação, da dialética e do contraditório, devem se sobrepor aos poderes isolados do juiz na condução da marcha processual, até então intocáveis e inerentes a um ultrapassado modelo processual pautado na assimetria entre as posições das partes e do juiz. Por certo que essa premissa se aplica ao tema das provas.

Já vimos que no modelo de processo cooperativo o juiz e as partes devem atuar de maneira harmônica, tendo estas últimas a oportunidade de influenciar efetivamente a formação da convicção do primeiro. Para isso, o ônus da prova é um tema que ganha papel de destaque dentro da comunidade de trabalho, visto a sua função para que se obtenha no curso do processo um conjunto probatório robusto e mais próximo possível da realidade dos fatos que norteará o julgamento de mérito – e não que sirva apenas como critério objetivo para o julgamento de mérito.

Trataremos no próximo capítulo sobre os temas da prova e do ônus da prova, tendo como pressuposto a observância das novas diretrizes inerentes ao modelo de processo cooperativo inaugurado pelo CPC de 2015, vistas até aqui.

## **CAPÍTULO 2. PROVA E ÔNUS DA PROVA**

Nesta parte do trabalho, veremos a importância da prova para se buscar a verdade dos fatos e o seu papel na obtenção de uma decisão de mérito justa. Tendo como referência a doutrina de Taruffo<sup>38</sup>, firmaremos a premissa de que uma decisão justa deve partir da aplicação do direito material sobre fatos necessariamente verdadeiros, o que se encontra em consonância com as diretrizes do modelo de processo cooperativo.

Trataremos, também, da distinção entre ônus e dever de provar. Sobre o instituto do ônus da prova, discorreremos sobre os seus aspectos objetivo e subjetivo, da forma como foi positivado no CPC/15, da insuficiência da regra geral pautada na

---

<sup>38</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*; tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferri Beltran. Madrid: Trotta, 2005

distribuição estática – que leva em consideração apenas a posição processual das partes e a natureza jurídica dos fatos alegados –, e, por fim, da positivação da dinamização do ônus da prova como uma complementação necessária e bem-vinda ao sistema probatório, que leva em consideração as particularidades do caso concreto para orientar a devida alocação do ônus probatório às partes.

## 2.1. PROVA E VERDADE: A JUSTIÇA DA DECISÃO

O tratamento da prova é essencial em qualquer ordenamento jurídico e modelo processual adotado, visto a sua importância para que o processo atinja suas finalidades e possa entregar aos jurisdicionados a decisão de mérito que encontre respaldo nos pressupostos fáticos sobre os quais reside a controvérsia. Isto porque, um processo não apresenta somente uma narrativa, mas, ao contrário, pode ser construído a partir de histórias diferentes contadas por partes em posição de conflito, de pontos de vista e maneiras diferentes, que, por certo, não podem ser todas tomadas como verdadeiras, sob pena de inviabilização da atividade jurisdicional pautada em premissas fáticas seguras.

A prova destina-se, assim, a comprovar as alegações de fato das partes e tem por objetivo principal convencer o juiz acerca de sua veracidade, o que servirá de pressuposto para a subsunção do fato à norma e a viabilização da melhor solução do litígio – dando vida aos brocardos *iuria novit curia* e *dabo mihi factum dabo tibi jus*. Não por outra razão, aponta Leonardo Greco que “o direito nasce dos fatos”, servindo a prova como elemento imprescindível para se atribuir “legitimidade política” e credibilidade às decisões dos juízes no Estado contemporâneo.

A prova pode ser conceituada sob os aspectos objetivo e subjetivo. No plano objetivo, a prova pode ser entendida como “o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.”, na definição de João Batista Lopes<sup>39</sup>. Ou seja, trata-se do elemento material levado ao processo, ou os meios de prova que servirão como instrumento para o convencimento do juiz. Dando luz à importância do conteúdo desse

---

<sup>39</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

elemento material, João Monteiro deataca que “não se chama prova somente o conjunto dos meios e processos tendentes à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, senão também a própria certeza daquela afirmação.”<sup>40</sup>. Fazendo referência às lições de Mittermaier, afirma o autor que “prova é a soma dos meios produtores de certeza.”<sup>41</sup>.

A prova assume, ainda, um aspecto subjetivo, no tocante ao seu papel para o convencimento do juiz em relação à veracidade dos fatos alegados, podendo ser compreendida como “a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.”<sup>42</sup>, ou “a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.”<sup>43-44</sup>. Importante reiterar, para que não haja dúvidas, que o elemento de convencimento do juiz aqui envolvido deve partir necessariamente do confronto objetivo entre as alegações das partes e o que lhe foi trazido aos autos para comprovação dessas alegações, não devendo se confundir com o convencimento que tenha partido de qualquer outro elemento de natureza subjetiva que não possa ser associado às premissas fáticas provadas.

A prova não deve ser entendida, assim, com um mero ato processual desvinculado do propósito de convencimento do juiz em relação à veracidade dos fatos

---

<sup>40</sup> MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. 5 ed. São Paulo: Typographia Academica S. Paulo, 1936, p. 339.

<sup>41</sup> Dada a importância da prova para a melhor declaração do direito envolvido no litígio, e apesar de se tratar de instituto de natureza processual, Yarshell destaca a possibilidade de sua formação “antes do momento previsto para que isso ocorra no processo estatal instaurado para a declaração do direito.”, sendo a prova pré-constituída, como medida de precaução contra futuras contestações dos direitos envolvidos, entendida inclusive “como algo desejável e útil para o sistema.” (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42)

<sup>42</sup> LOPES, João Batista. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>43</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 849

<sup>44</sup> Sem embargo da importância da prova para o convencimento do juiz, vale destacar que o código de processo civil de 2015 consolidou o entendimento de que as partes também são destinatárias da prova, admitindo inclusive a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, conforme art. 381,II e III. Sobre o tema, Yarshell já afirmava que “a exclusiva e estrita vinculação entre prova e julgamento estatal, conforme se procurará demonstrar ao longo do estudo, afigura-se visão limitada – e, em certa medida, arbitrária – do fenômeno probatório. Com efeito, ele desconsidera o relevante papel que a prova – entendida como demonstração ou até mesmo como *experimentação* – desempenha relativamente aos sujeitos da relação material, atual ou potencialmente conflituosa; inclusive antes da instauração do processo declaratório do direito.” (YARSELL, Flávio Luiz. *Idem*, p. 27)



alegados pelas partes e das finalidades da atividade jurisdicional. A prova, ao propiciar a correção da premissa fática sobre a qual se insere a atividade judicante é elemento fundamental para a atividade jurisdicional e que contribui inclusive para a melhor aplicação do direito material envolvido no litígio. Sobre o tema, Yarshell aponta que:

A busca da verdade relaciona-se substancialmente com seu escopo jurídico: para bem atuar a vontade concreta do direito objetivo, é preciso conhecer os fatos controvertidos, de tal sorte que, quanto mais o juiz se aproxima da realidade dos fatos, maior a chance de que a declaração do direito no caso concreto seja fiel aos desígnios do direito material.<sup>45</sup>

Marinoni e Arenhart, partindo da premissa de que “A decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede”, destacam ainda a função da prova como a de “se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.”<sup>46</sup> Em sentido semelhante, destaca William Santos Ferreira que a “prova propicia a cognição judicial”, sendo “item indispensável para que o jurisdicionado alcance o bem da vida almejado”. Indo além do reconhecimento do papel da prova como elemento de convencimento e imprescindível para a realização do direito subjetivo envolvido na controvérsia, aponta o autor que “a noção de direito de acesso à ordem jurídica justa está indissociavelmente relacionada ao direito à prova, porque aquele inexistente sem este, sendo ambos elementos intrínsecos do Estado Democrático de Direito.”<sup>47</sup>

Reconhecendo a proximidade entre o direito de provar e as bases constitucionais de um Estado de Direito, bem como a “força da constitucionalização do processo civil”, João Batista Lopes leciona que a prova pode ser entendida como um direito da parte, “ou, mais precisamente, como uma garantia constitucional”, sendo

---

<sup>45</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 59.

<sup>47</sup> FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

ainda “um dos aspectos essenciais do *princípio do contraditório*.”<sup>48</sup>. Acertada, nos parece, a vinculação entre prova e contraditório, na medida em que a produção probatória é um direito do autor e do réu, estando associado, dessa forma, tanto para provar as alegações de fato que motivaram a propositura da ação, como aos pressupostos fáticos apontados pelo réu na construção de sua defesa – no que Leonardo Greco entende como “o direito de defender-se provando”, como uma exigência do “contraditório participativo e do próprio direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva.”<sup>49</sup>

Inevitável, portanto, o reconhecimento da prova como um elemento essencial não apenas para a legitimidade da decisão proferida, mas também como medida de materialização dos pilares constitucionais sobre os quais o processo encontra respaldo.

Diretamente relacionada a essas características, a prova deve ainda ser compreendida como um pressuposto para o atendimento de um objetivo cada vez mais presente no processo civil moderno: a busca pela decisão justa. Sobre o tema, destacamos as difundidas lições de Taruffo<sup>50</sup>, no sentido de que a justiça de uma decisão depende, além de outros elementos, da veracidade das premissas de fato sobre as quais incide a análise de mérito.

Vale aqui, de início, a ressalva feita pelo autor italiano, em relação à diferença entre um processo justo e a uma decisão justa. Para o primeiro, pode-se defender que bastaria que fossem observadas as garantias processuais fundamentais, em particular aquelas concernentes às partes, e a observância das regras procedimentais. A justiça de uma decisão, entretanto, vai além, e não decorre necessariamente da correção do procedimento. Uma decisão justa, segundo Taruffo, deve observar as seguintes condições:

---

<sup>48</sup> LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: Direito Probatório. DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coords.). Salvador: Juspodivm, 2015, p.50-51.

<sup>49</sup> GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, n. 35. Brasília: CEJ, 2006, p. 21.

<sup>50</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*; tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016; TARUFFO, Michele. *A prova*. João Gabriel Couto (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferri Beltran. Madrid: Trotta, 2005.

a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que – conforme visto há pouco – não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que – como também se disse – nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.<sup>51</sup>

A decisão, portanto, para que seja considerada justa, deve estar pautar em premissas fáticas verdadeiras, sequer verossímeis. Caso contrário, corre-se o risco de se proferir uma decisão distorcida e viciada com efeitos práticos no mundo real. Considerando que a verdade é uma só, aponta que sequer faria sentido se estabelecer distinção entre os conceitos de verdade absoluta e relativa, ou mesmo de verdade formal e material, como forma de tentar sustentar a justiça de uma decisão que não seja pautada na única verdade existente.

Ratificando a desnecessidade dessa distinção, Marinoni e Arenhart partem da premissa de que a ideia de verdade formal é “absolutamente inconsistente”, para se concluir que o conceito não apresenta “utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade prática.”<sup>52</sup>

Não por outra razão, João Monteiro afirma que “o fato probatório não se supõe verdadeiro, mas **deve ser** verdadeiro, presente, visível. O depoimento da testemunha se ouve, a vistoria se faz, o escrito se lê.”<sup>53</sup> (grifo original)

Ratificando a importância de se buscar a verdade dos fatos para a adequada aplicação do direito material, prossegue Taruffo:

O ponto importante, entretanto, é que se não se verificar o pressuposto de fato de que depende a aplicação da norma, essa não pode ser aplicada no caso concreto. Se, todavia, a norma for aplicada na

---

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*; tradução Vitor de Paula Ramos, 1 ed., São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 142.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 33.

<sup>53</sup> MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. 5 ed. São Paulo: Typographia Academica S. Paulo, 1936, p.343.

ausência desse pressuposto, a decisão em questão será viciada e juridicamente equivocada. Isso equivale a dizer que a apuração da verdade dos fatos correspondentes ao assim chamado suporte fático abstrato regulado pela norma é uma *condição necessária* para a correta aplicação da norma no caso concreto: a veracidade da apuração dos fatos é um requisito essencial da legalidade da decisão. Por conseguinte, não só a verdade dos fatos não é irrelevante, como também (e ao contrário disso) condiciona e determina a correção jurídica da solução da controvérsia. Como comumente dito: nenhuma norma é aplicada de maneira correta a fatos errados: a falsidade é a serva da injustiça.<sup>54</sup>

Em sentido semelhante, Leonardo Greco aponta que a verdade, como resultado da prova, é entendida como um “autêntico direito subjetivo” da parte. Sobre o tema, leciona:

Não mais qualquer verdade ou uma verdade meramente formal, mas aquela mais próxima possível da realidade da vida, para cuja aquisição devem as partes dispor de todos os meios investigatórios ao alcance do entendimento humano em todas as áreas do saber, porque somente assim estará o Estado cumprindo a promessa da tutela efetiva dos direitos dos cidadãos. Se é dos fatos que os direitos se originam, somente a efetiva possibilidade de demonstrá-los é capaz de assegurar o acesso efetivo aos direitos constitucional e legalmente assegurados, (...).<sup>55</sup>

Em outra obra sobre o tema, aponta o autor, fazendo referência à doutrina de Haberle, que “a verdade é um valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito, porque dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum.”. E conclui, “Depois da experiência do modelo autoritário, o estado constitucional impõe a verdade como um valor cultural. (...) Como instrumento da verdade é que a prova vai cumprir aquela função social.”<sup>56</sup>.

Sob a ótica do atendimento do “objetivo fundamental da jurisdição”, que, segundo Marinoni e Arenhart, seria a “justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito”, destacam os autores não ser “menos correto que qualquer

---

<sup>54</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*; tradução Vitor de Paula Ramos, 1 ed., São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 140.

<sup>55</sup> GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, n. 35. Brasília: CEJ, 2006, p. 22.

<sup>56</sup> GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. v. 4. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2000, p. 258-259.

um desses escopos apenas se atinja por meio da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda.”<sup>57</sup>. Concordamos com essa visão.

Apesar de reconhecermos que seria utópico se esperar que a verdade absoluta estivesse sempre à disposição do juiz antes de toda decisão de mérito no processo, fato é que a busca pela verdade dos fatos deve ser um objetivo perseguido pelas partes e pelo próprio juiz (inclusive, via poderes instrutórios, se necessário), como forma de se atingir a justiça da decisão, esta representada pelo melhor resultado da aplicação do direito subjetivo sobre os pressupostos fáticos corretos<sup>58</sup>. Mais uma vez trazendo as lições de Leonardo Greco sobre o tema, aponta o autor que “Ninguém pode perder um direito por não ter conseguido apresentar a prova dos fatos que o sustentam, se essa prova não estiver ao seu alcance, mas da parte contrária ou de terceiro.”<sup>59</sup>.

Tal afirmativa e propósito, entendemos, se encontra em estrita consonância com os aspectos já vistos acerca das implicações do modelo de processo cooperativo sobre o tema das provas. Ao se pregar que as partes devem agir com lealdade, diálogo e boa-fé no curso do processo, a comunidade de trabalho e o dever de cooperação fixam padrões de comportamento esperados dentro do processo, o que inclui a apresentação dos melhores elementos de prova que possam esclarecer os fatos sobre os quais residem a controvérsia, e a partir dos quais será prolatada ao final a decisão de mérito.

Não se trata, vale dizer, do comprometimento das estratégias processuais adotadas ou o enfraquecimento compulsório das teses apresentadas, mas sim de se

---

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 28.

<sup>58</sup> Sobre a busca pela verdade dos fatos como medida da justiça da decisão, Yarshell, mesmo partindo do reconhecimento de que “a descoberta da verdade, como ferramenta posta a serviço da edição de decisões justas, interessa antes de tudo ao Estado.”, faz a oportuna ressalva em relação ao comportamento esperado do juiz, no sentido de que “a busca da verdade não é propriamente o escopo da jurisdição, e parece quando menos irrealista supor que o Estado, representando por seu agente, que é o juiz, deva se portar de forma rigorosamente idêntica em todos os litígios que lhe são submetidos, engajando-se de forma incondicionada na descoberta da verdade em todos eles, independentemente da atuação – ou da possibilidade de atuação – dos sujeitos parciais. Mais que isso, é de se duvidar da utilidade social de semelhante postura, pelo custo que isso inegavelmente representa para o Estado, pelo tempo e energia empregados para tanto.”. E conclui, “Por outras palavras, no contexto de um Judiciário que se queixa notória e sistematicamente do excessivo volume de trabalho, soa quase romântica a ideia de que o juiz, para além da atuação das partes – mesmo que maiores, capazes (jurídica e tecnicamente), discutindo interesses patrimoniais disponíveis –, deve (ou, mesmo, tem condições materiais para) empreender obstinada busca da verdade.”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-131.)

<sup>59</sup> GRECO, Leonardo. *Op. cit.* p. 22.

vedar que as partes possam omitir, distorcer ou dar qualquer outro tratamento desprovido de eticidade aos elementos de fato necessários ao julgamento da causa. O modelo de processo cooperativo e a prova como elemento essencial para busca pela verdade dos fatos possuem, assim, objetivos umbilicalmente interligados, estando ambos pautados na busca pela decisão final de mérito justa.

## 2.2. ÔNUS E DEVER DE PROVAR

Tema que atrai muitas atenções na evolução da ciência processual<sup>60</sup>, o ônus da prova possui papel central para a apuração dos fatos e a resolução de mérito da demanda. Leo Rosenberg, fundamentando essa premissa, afirma se tratar de questão que integra a “espinha dorsal do processo civil”<sup>61</sup>. Também dando luz à relevância da matéria, Chiovenda aponta estar o *onus probandi* dentre “os problemas vitais do processo”<sup>62</sup>. A “regulamentação” do ônus da prova no sistema processual, segundo Humberto Theodoro Júnior, deve ser compreendida ainda como uma “parcela importante do sistema democrático de prestação jurisdicional, baseado no princípio da cooperação, que preconiza a efetiva participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento judicial (NCPC, art. 6º).”<sup>63</sup>.

No processo civil ancorado no princípio dispositivo, a tarefa das partes, não apenas de alegar, mas de provar os fatos alegados, se releva fundamental para a justiça da decisão de mérito e o atendimento das finalidades da jurisdição, incluído aqui o seu escopo social voltado à pacificação da controvérsia instaurada. Daí porque, em não se

---

<sup>60</sup> Alfredo Buzaid, em monografia sobre o tema, destacou que “Dentre os vários temas de direito processual civil relativos à atividade instrutória, raros têm merecido, com tanto interesse, a atenção da doutrina como o do ônus da prova. Há mais de um século procura a ciência rever-lhe o conceito, dando lugar a uma floração de teorias, que se esforçam por explicar o instituto à luz do direito positivo, preconizando soluções ideais para os complexos problemas que ele sugere.”. (BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, v. 57, 1962, p. 113-140. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398/69008>. Acesso em 16/04/22)

<sup>61</sup> ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. v.2. Angela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 228.

<sup>62</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. J. Guimarães Menegale (trad.). v.2. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 503.

<sup>63</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 877-878.

tratando de um processo inquisitivo, em que caberia essencialmente ao Estado a incumbência de produzir e reunir o conjunto probatório, se afirma que fato alegado e não provado corresponde a fato não alegado (*allegatio et non probatio quae non allegatio*). Dinamarco destaca, nesse contexto, que a imposição às partes do ônus de provar no processo dispositivo “produz o efeito de motivá-las a participar ativamente do contraditório processual”, de modo a levar “cada um dos litigantes a participar da instrução probatória, segundo seu próprio interesse e com vista à defesa de suas pretensões através do processo.”<sup>64</sup>

Para que se tenha a devida clareza em relação às finalidades e consequências geradas às partes no caso do não atendimento do ônus probatório, importante firmarmos a premissa de que ônus não deve se confundir com dever de provar. O ônus de provar é um encargo que, se não cumprido, sujeitará a parte tão somente aos potenciais efeitos do seu não atendimento quando da prolação da decisão judicial. Não se trata, portanto, de um dever, cujo inadimplemento da parte caracterizaria um ato contrário ao direito e resultaria na aplicação de alguma sanção jurídica em seu desfavor.

Sobre o tema, importante a referência, de início, às lições clássicas de Goldschmidt, que distinguem o ônus e o dever de provar, ao considerar que o primeiro constitui imperativo de interesse próprio, enquanto o dever representa imperativo do direito de terceiro ou da comunidade. Nas palavras do autor, “La antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en ultimo término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal.”. E conclui, “Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad.”<sup>65</sup>.

No mesmo sentido, Yarshell aponta tratar-se de um “típico *ônus*”, na medida em que se trata de interesse próprio e que a parte possui a liberdade de produzir ou não a prova, e “ao deixar de fazê-lo não pratica ato ilícito (a ensejar uma sanção em sentido

---

<sup>64</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 78.

<sup>65</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 82. Sobre o tratamento do ônus da prova como um imperativo do interesse da própria parte, remetemos ainda o leitor para outra obra clássica do autor: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Editorial Labor, 1936.

estrito), mas apenas se sujeita, somente ela, a eventuais consequências desfavoráveis em virtude de sua inércia.”<sup>66</sup>. Trata-se de uma situação jurídica facultativa, que Fredie Didier Junior e Pedro Henrique Nogueira consideram como um *poder processual*<sup>67</sup>. Em obra sobre o tema, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico destaca a “liberdade de agir” e a “auto-responsabilidade” da parte para realizar ou não o ato, quando incumbida do ônus de provar, ao contrário do dever, que atribui ao sujeito passivo da obrigação um “estado de sujeição jurídica e de coerção: o titular do direito subjetivo pode exigir o seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanção jurídica”<sup>68</sup>.

Ao tratar da diferença entre ônus e dever, Artur Thompsen Carpes destaca ainda o elemento da (i)licitude envolvida na conduta, no sentido de que, “Enquanto o *dever* pressupõe um comando determinado pelo direito”, cuja inobservância importa em ilicitude, o ônus, “condiciona o cumprimento de tal comando à vontade do sujeito, de modo que a inobservância do ônus é prevista como lícita pelo direito.”<sup>69</sup>.

Partindo dessa distinção conceitual, Dinamarco define o ônus da prova como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de *demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse* para as decisões a serem proferidas no processo.”<sup>70</sup>. Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, por sua vez, conceituam o ônus da prova como “espécie de poder da parte que possibilita o agora, segundo interesses próprios,

---

<sup>66</sup> Yarshell propõe relevante crítica envolvendo “o ônus como perspectiva negativa da prova”, na medida em que, nessa ótica, “a prova é vista menos como um direito ou poder da parte, mas como um *encargo*, cuja não-observância eventualmente conduz ao insucesso do interessado; ou, ainda, como uma espécie de “desafio”, a indicar um obstáculo que precisa ser superado como condição para o reconhecimento de certa qualidade ou aptidão. A qualificação ‘negativa’ da prova como ônus é, com efeito, insuficiente para explicar sua dimensão ‘positiva’ no contexto das garantias constitucionais, enfeixadas pela garantia-síntese que é o devido processo legal.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-49)

<sup>67</sup> DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*, Ed. Juspodivm, 2011, p. 127.

<sup>68</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

<sup>69</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (Coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>70</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 77.



não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada.”<sup>71</sup>

O ônus da prova, portanto, relaciona-se com oportunidade e risco. Oportunidade de contribuir para o convencimento do julgador mediante a comprovação da veracidade dos fatos alegados, e risco de se submeter aos efeitos de uma decisão quando este encargo não for atendido de maneira satisfatória. Trata-se de uma consequência desfavorável, mas que não se confunde com uma penalidade, ilicitude ou mesmo com uma “consequência necessária”<sup>72</sup> resultante do descumprimento de um dever jurídico.

Fazendo uma provocação em relação à uma alegada falta de incentivos adequados gerados pelo sistema processual para que as provas necessárias ao melhor julgamento mérito sejam produzidas, principalmente quando estas se revelem desfavoráveis à parte gravada com o ônus de provar, Vitor de Paula Ramos faz a observação que, apesar de não estar a parte sujeita à sanção em caso de descumprimento, o ônus deveria estar associado à regra que preveja alguma “consequência jurídica correspondente, tanto para a adoção como para a não adoção, a fim de que o sujeito da regra seja estimulado a praticar conduta desejada, através da expectativa legítima no resultado.”<sup>73</sup>. Inobstante a pertinência da reflexão para que a doutrina prossiga no desenvolvimento de mecanismos que fomentem a efetiva participação das partes na formação do conjunto probatório, não nos parece que poderia haver, para a parte que não se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, resultado mais gravoso do que o julgamento de mérito contrário aos seus interesses, o que tornaria, a nosso ver, inefetivos outros mecanismos de punição<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 197.

<sup>72</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.* p. 34.

<sup>73</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>74</sup> Dialogando com a posição de Vitor de Paula Ramos que propõe uma migração do ônus para o dever de provar, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto apontam, em sentido semelhante ao aqui manifestado, que a solução de se criar deveres associados à atividade probatória não geraria efeitos práticos, na medida em que, se a prova é desfavorável à parte que deveria produzi-la, “a parte tendencialmente agirá nesse sentido de qualquer forma – seja a situação jurídica probatória chamada de ônus, dever ou de como se quiser chamar.” (MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO; Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: JusPosivm, 2016, p. 982)

Por fim, e apesar da importância de a parte se desincumbir do ônus de provar, para, assim, assegurar a veracidade dos pressupostos fáticos de suas alegações, importante ainda destacar que o sucesso nessa tarefa não significa, necessariamente, que a decisão de mérito lhe será favorável. Nas palavras de Marinoni e Arenhart, “A ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz.”<sup>75</sup>.

Ou seja, pode ocorrer, perfeitamente, que os fatos alegados sejam comprovados, mas a incidência das regras de direito material não seja favorável à parte que tenha se desincumbido do ônus de provar. Da mesma forma, a parte que não tenha conseguido se desincumbir do ônus da prova pode receber uma decisão de mérito favorável. Isto porque, ao menos formalmente, a prova válida para a formação do convencimento do juiz é aquela constante no processo, sendo indiferente quem a tenha produzido, sejam as partes ou o próprio juiz de ofício<sup>76</sup>, conforme reconhecido pelo art. 371, do CPC (princípio da comunhão da prova).

Compreendida a diferença entre ônus e dever de provar, importante caracterizarmos as duas perspectivas sob as quais pode ser visto o fenômeno do ônus da prova.

### **2.3. ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ÔNUS DA PROVA**

A instituição do modelo de processo cooperativo em nosso ordenamento processual consolidou a superação do entendimento de que o juiz seria o único destinatário das provas produzidas no processo. A prova passa a transcender a destinação exclusiva à figura centralizada do juiz, típica do modelo assimétrico de

---

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 198.

<sup>76</sup> Fazemos referência à posição crítica de Yarshell acerca da ideia “largamente consolidada” de que não seria relevante “saber quem tinha tido a iniciativa de trazer aos autos ou de produzir os elementos de prova.”. Afirma o autor que “desde logo parece, quando menos, irrealista imaginar – ainda que sem considerar o momento de valoração da prova – que a iniciativa da respectiva produção por um dos sujeitos parciais seja um dado absolutamente indiferente ao processo. Não é de hoje que a credibilidade pessoal de cada qual dos litigantes, associada à verossimilhança das respectivas alegações, é reconhecida como dado relevante na formação do convencimento do juiz.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60-65)

organização do processo, para se destinar também às partes, como medida do seu convencimento e, especialmente, de influência sobre a sua conduta no curso do processo<sup>77</sup>. Como materialização desse novo ângulo de se enxergar o fenômeno probatório, podemos destacar as disposições trazidas no Código de Processo Civil de 2015, já vistas nesse trabalho, que admitem a delimitação consensual das partes em relação aos fatos a serem provados no curso do processo (art. 357, §2º) e demandam o saneamento compartilhado nas causas que apresentarem complexidade (art. 357, §3º).

Na análise do ônus da prova, essa premissa não é diferente. Através da consideração dos aspectos que a doutrina define como objetivo e subjetivo, o ônus da prova tem papel reconhecido, e relevante, não apenas para o juiz, mas também para as partes.

O primeiro aspecto, de natureza *objetiva*, destinada ao juiz, portanto, atribui ao ônus da prova a função de servir como regra de julgamento nas hipóteses em que o conjunto probatório tiver se mostrado insuficiente para formar a convicção do juiz acerca da veracidade dos fatos alegados pela parte gravada com o ônus de prová-los – ou, nas palavras de Dinamarco, quando ocorrer um “vazio probatório”, visto que “fato não provado é fato inexistente”<sup>78</sup>. Yarshell destaca que nessas hipóteses as regras sobre ônus da prova constituem uma “garantia contra o arbítrio, ao traçar um parâmetro racional para o julgamento diante do estado de ignorância acerca dos fatos;”<sup>79</sup>.

Nesses casos, por força da vedação imposta ao juiz de se abster de julgar a causa (*non liquet*), a resolução de mérito terá de ser feita seguindo a distribuição do ônus da prova na forma previamente fixada na norma processual. Como bem destacado por Buzaid, “Um *non liquet* de fato está longe de ser um *non liquet* na questão de direito.”<sup>80</sup>. Assim, identificada a parte sobre a qual recaiu o encargo de provar o fato, em desfavor desta recairá a decisão de mérito. Rosenberg, destacando a necessidade da

---

<sup>77</sup> Sobre o tema, Yarshell faz relevante crítica àqueles que ainda insistem em colocar o juiz no centro do fenômeno probatório, apontando que “Isso não parece exato, porque, antes ou mesmo durante o processo, a prova produzida, conforme já mencionado, dirige-se também à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo, assim, determinante de suas condutas.” (Ibid., p.60)

<sup>78</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 92 e 93.

<sup>79</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57-58.

<sup>80</sup> BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, v. 57, 1962, p. 132. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398/69008>. Acesso em 16/04/22

existência de uma regra prévia e abstrata para a distribuição do ônus da prova e a sua consideração como regra de julgamento, e “no obstante la incertidumbre com respecto a las circunstancias de hecho”, sustenta que “La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.”<sup>81</sup>.

Barbosa Moreira, no mesmo sentido, reforça a pertinência da utilização das regras de distribuição do ônus da prova “em relação aos fatos que afinal *não* se provam, que afinal *não* resultam provados.”, e conclui que “verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta de prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova.”<sup>82</sup>

Em se tratando de regra de julgamento, vale a observação de que o aspecto objetivo do ônus da prova tem como pressuposto orientar o juiz a partir da integralidade do conjunto probatório produzido, sendo indiferente, para esse fim, quem o produziu ou deixou de produzi-lo. Trata-se de regra positivada no art. 371, do Código de Processo Civil, que afirma que “o juiz apreciará a prova, *independentemente do sujeito que a tiver promovido*” (grifo nosso), pela qual, segundo Dinamarco, “toda prova vinda aos autos se considera integrante do processo, ou *adquirida* por ele. Ela pode ter sido produzida pela parte a quem incumbia o ônus de prova o fato, ou mesmo pelo adversário.”<sup>83</sup>. Reforçando essa posição, Barbosa Moreira afirma que “o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa.”. Afastando a relevância do comportamento da parte onerada com o ônus de provar, conclui que “Os resultados da atividade instrutória são

---

<sup>81</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: EJE. 1956, p.2.

<sup>82</sup> MOREIRA, Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 181.

<sup>83</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 95.

apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento.”<sup>84-85</sup>

Em que pese não podermos alegar que a decisão de mérito pautada na regra do ônus da prova seja necessariamente (ou mesmo tecnicamente) injusta, é desejável que essa regra de julgamento seja utilizada de maneira subsidiária, apenas quando não existir nos autos conjunto probatório suficiente para a formação de sua convicção sobre a realidade dos fatos sobre o qual incidiria o direito controvertido. Essa subsidiariedade se justifica porque o julgamento sem a prova dos fatos alegados não tem a potencialidade de impactar negativamente apenas as partes – em especial, aquela que não se desincumbiu do ônus de provar –, mas também o próprio resultado esperado da atuação do Estado-juiz, visto o déficit de qualidade do provimento final e o não atendimento do seu escopo jurídico e social<sup>86</sup>.

Dando luz à relevância do julgamento pautado no conjunto probatório adequado para fins de atendimento ao próprio interesse público da jurisdição, Yarshell leciona que:

“Na verdade, interessa ao Estado que as partes produzam prova, na medida em que ela é instrumento para a consecução de um resultado que, como visto, é desejado por aquele primeiro. A edição de decisões justas integra a ideia de um processo efetivo, e, havendo controvérsia sobre fatos, a prova desempenha papel fundamental nessa busca. Por

---

<sup>84</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 142.

<sup>85</sup> Sobre o tema, fazemos referência à provocação feita por Yarshell sobre a premissa de que seria irrelevante saber quem levou a prova aos autos, ao considerar, dentre outros aspectos, que “não soa realista afirmar que o esmero ou a indiferença das partes – de um modo geral e, portanto, também em matéria de prova – sejam absolutamente indiferentes ao magistrado. O grau de empenho e de comprometimento das partes com o processo – não apenas sob o ângulo contrário e negativo da improbidade processual – parece ser um dado considerado pelo julgador, ainda que inconscientemente, quando tem que apreciar a prova e ‘intuir o correto enquadramento fático’. (...) Dessa forma, não parece incorreto extrair do comportamento das partes – incluindo-se, aí, a atividade probatória – verdadeiro argumento de prova.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61-63)

<sup>86</sup> Dando luz à importância da realização do direito material por meio do processo, Dinamarco sustenta que “Tal é a *jurisdição*, função que o Estado exerce através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supraindividuais e aos demais escopos do sistema processual. Entre esses escopos está o de *atuação do direito material*, tradicionalmente apontado como fato apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 453).

outras palavras, quando o Estado, para afastar o *non liquet*, é forçado a proferir julgamento sem ter efetivo conhecimento dos fatos, há, ao menos em termos lógicos, uma perda para o interesse público que, repita-se, se satisfaz – embora não exclusivamente – com decisões *justas*, entendidas como aquelas afeiçoadas, em concreto e tanto quanto possível, à vontade do direito abstratamente concebido. Assim, ainda que a falta da prova não impeça o julgamento e, mais que isso, ainda que o julgamento fundado em um quadro probatório deficiente por eventual inércia das partes não impeça a eliminação da controvérsia (escopo social da jurisdição), é inegável o prejuízo para o escopo jurídico; que, de volta ao início, é o que justifica o exercício do poder de instrução pelo juiz.”<sup>87</sup>

O ônus da prova assume ainda um aspecto subjetivo, para funcionar como regra de instrução, tendo por finalidade informar e orientar as partes acerca dos seus papéis na comprovação dos fatos necessários ao melhor julgamento da causa. Serve, assim, como um delimitador prévio dos efeitos do aspecto objetivo do ônus da prova e norteador da conduta das partes na fase de instrução, tendo por objetivo estimular que estas, cientes dos riscos em caso de não atendimento dos encargos que lhes foram atribuídos, produzam o melhor conjunto probatório acerca dos fatos alegados.

Destacando a relevância do aspecto subjetivo do ônus da prova, Yarshell aponta que não se deveria compreender exclusivamente as regras sobre ônus da prova como regra de julgamento, desconsiderando “o papel que elas exercem sobre o comportamento das partes no processo e mesmo antes dele”, partes estas que são influenciadas “de forma relevante, pela prova de que disponham ou de que necessitem dispor – sendo estas últimas determinadas justamente em função dos ônus que tenham para si atribuído.”<sup>88</sup>

Nos parece que essa consideração ganha ainda mais relevância em se tratando de um modelo de processo ancorado no princípio dispositivo, no qual é atribuído às partes papel relevante para a formação do conjunto probatório<sup>89</sup>. Partindo de igual

---

<sup>87</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-51.

<sup>88</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

<sup>89</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico faz interessante resumo da controvérsia doutrinária envolvendo a corrente que aponta uma suposta relativização do aspecto subjetivo do ônus da prova, caso admitidos os poderes instrutórios do juiz, visto que nessa hipótese poderia haver uma “mitigação da *necessidade de provar*” das partes. Não nos parece ser o caso. Entendemos que os poderes instrutórios do juiz podem conviver harmoniosamente com o poder-dever das partes de produzir provas, inclusive dentro do conceito

premissa, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico sustenta que a atividade probatória “não decorreria de uma necessidade meramente prática para evitar o sucumbimento, mas implicaria uma necessidade jurídica.”<sup>90</sup>. Não deixando dúvidas sobre a relevância do aspecto subjetivo do ônus da prova, afirma ainda o autor que “Embora a regra de julgamento constitua a essência do fenômeno, os riscos da insuficiência de provas para formação de convicção judicial projetam-se sobre as partes, estimulando-as à produção.”<sup>91</sup>.

Além do papel, digamos, orientativo da conduta das partes – antes e após a propositura da ação –, o aspecto subjetivo do ônus da prova pode ser visto ainda como um elemento importante na ampliação do diálogo dos sujeitos processuais e do espírito democrático do processo. Atento à questão, Humberto Theodoro Junior afirma que “A norma distribuidora da carga probatória, portanto, atua na promoção e estímulo de um maior diálogo e cooperação, sempre direcionada a alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e justa.”<sup>92</sup>

E, como já visto, a disponibilidade de um conjunto probatório que se aproxima da realidade dos fatos é fator preponderante para a melhor aplicação do direito material e a justiça da decisão, logo, o contraditório reforçado e o estímulo gerado às partes para a comprovação dos fatos alegados, por meio das regras de alocação do ônus da prova, contribui, em última medida, para a consecução das próprias finalidades da jurisdição, em especial, no que tange ao seu escopo social. Ratificando a relevância dos efeitos jurídicos subjetivos do ônus da prova como norma de conduta das partes, vale lembrar que a distribuição do ônus probatório é feita pelo juiz, via de regra, previamente ao início da fase de instrução – seja para reafirmar a regra geral do art. 373, seja para inverter o ônus da prova nas hipóteses legais admitidas, ou mesmo para dinamizá-lo, na

---

de comunidade de trabalho inerente ao modelo de processo cooperativo. Essa, digamos, comunhão probatória não deveria afastar ou sequer comprometer de alguma forma o aspecto subjetivo do ônus da prova, na medida em que, independentemente do resultado satisfatório obtido ou não pelo juiz na sua atividade probatória, estará a parte incumbida do ônus de provar sujeita, da mesma forma, aos riscos processuais caso não sejam produzidos nos autos os elementos de prova necessários para respaldar as suas alegações.

<sup>90</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 140.

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 142.

<sup>92</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 878.

forma admitida pelo §1º do art. 373, de modo a dar previsibilidade e permitir que as partes produzam as provas de acordo com o ônus que lhe tenha sido atribuído.

Sobre o tema, damos luz às lições de Dinamarco, que, ao destacar a importância de o saneamento fixar os fatos a serem provados e esclarecer às partes os ônus incidentes sobre cada uma delas, chama atenção para a relação do ato com a transparência e o diálogo inerentes às condutas judiciais, que integram a garantia constitucional do contraditório do processo civil moderno e “são fatores indispensáveis à efetividade do *justo processo*. E prossegue o autor ao afirmar que esse esclarecimento “vale como advertência e convite a participar ativamente da instrução probatória, na medida do interesse de cada uma e com a consciência dos efeitos negativos que poderá suportar em caso de omitir-se.”<sup>93</sup>

Fazendo aproximação semelhante, e com a qual concordamos, Yarshell sustenta que o aspecto subjetivo do ônus da prova como regra de conduta das partes se encontra “no contexto das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.”<sup>94</sup>

Visto o ônus da prova como regra de julgamento (aspecto objetivo) e regra de procedimento (aspecto subjetivo), passaremos a analisar como as regras de alocação do ônus probatório foram tratadas no Código de Processo Civil de 2015.

#### **2.4. O TRATAMENTO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15: A INSUFICIÊNCIA DA REGRA GERAL DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA**

A história da ciência processual revela que a discussão sobre a melhor definição dos critérios de distribuição do ônus da prova não é nova. Embora não seja a pretensão desse trabalho o resgate e a análise profunda da evolução do tema<sup>95</sup>, não podemos deixar de fazer referência às contribuições valiosas da doutrina clássica processual que se debruçou sobre o tema e propôs as teorias sobre o ônus da prova que

---

<sup>93</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 94.

<sup>94</sup> YARSHELL, *Op. cit.*, p. 71.

<sup>95</sup> Para esse fim, remetemos o leitor à obra de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, que faz ótima digressão histórica sobre as teorias do ônus da prova: PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78-130.



constituíram os pilares doutrinários que nos trouxeram até aqui e que, em grande medida, justificam as regras de alocação do ônus probatório como hoje conhecemos.

Partindo da classificação cronológica proposta por Buzaid<sup>96</sup>, trataremos brevemente das principais contribuições das “teorias modernas” que buscam explicar a natureza do ônus processual. A começar por Chiovenda, o autor italiano, partindo do reconhecimento da dificuldade de se atribuir apenas ao autor da carga probatória, propõe uma distribuição entre as partes pautada na oportunidade e na igualdade distributiva. Assim, caberia à cada parte provar os fatos que entender necessários à consideração do juiz na análise de mérito.

Para orientar essa atividade, propõe a adoção do *princípio da normalidade*, estando este fundado nas condições de existência das relações jurídicas. Caberia ao autor, sob essa ótica, provar as condições específicas e essenciais dessas relações, ao passo que, ao réu, caberia a prova das suas condições gerais e comuns. Justifica o autor esse critério no fato de que “as condições gerais de validade de todos os negócios, em regra, normalmente, existem: a falta de tais condições é excepcional. Ao revés, as condições específicas de um negócio não constituem uma regra; a carência delas não é excepcional”<sup>97</sup>. Propondo, portanto, uma regra de distribuição pautada em um critério de oportunidade e também na natureza dos fatos, Chiovenda conclui que:

O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzi o efeito que lhes é natural. Outras formulações, ou coincidem com essa, ou são inexatas.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Destaca o autor que “Várias teorias antigas e modernas procuram explicar a natureza jurídica do *onus probandi*. Elas podem agrupar-se em duas classes: as teorias de inspiração civilística e as teorias processualísticas. As primeiras, elaboradas ao longo do século passado, por WEBER, BETHMANN-HOLLWEG, FITTING e outros podem considerar-se inteiramente superadas pela ciência contemporânea. Uma exposição destas teorias encontra-se na edição italiana de GLÜCK, no volume xxn48, na tese de concurso do prof. SOARES OE FARIA<sup>49</sup> e na Prova Judiciária do prof. MOACIR AMARAL SANTOS 50. As teorias modernas são de CHIOVENDA, CARNELUTTI, BETTI, ROSENBERG e MICHELI. Na impossibilidade material de reproduzir todas as teorias, limitâmo-nos às modernas, dada a sua importância e conexão com o sistema legal brasileiro.” (BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, v. 57, 1962, p. 133. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398/69008>. Acesso em 16/04/22)

<sup>97</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3 ed. Napoli: Jovene, 1965, p. 789.

<sup>98</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1943, p. 382.

Carnelutti, por sua vez, partindo de crítica à proposta de Chiovenda, sustenta que as regras para a distribuição do ônus da prova não deveriam levar em consideração o interesse na sua produção, na medida em que o interesse da prova seria bilateral. Sob essa ótica, haveria interesse tanto do autor quanto do réu em produzir provas sobre os mesmos fatos alegados: o autor, em favor da sua existência, e o réu, em favor da inexistência desses fatos (*prova e contraprova*). Aponta o autor que o interesse da prova seria distinto do interesse da afirmação, esse sim unilateral, visto que cada parte tem interesse em alegar apenas os fatos que sejam oportunos para fundamentar a sua pretensão.

Somado ao interesse em afirmar, Carnelutti pauta ainda a sua proposta em uma *regra de experiência*, que considera a conveniência de se exigir a prova daquele que teria mais incentivo para tê-la produzido no caso concreto<sup>99</sup>. Somente assim, na visão do autor, “o ônus da prova constitui um instrumento para atingir o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide.”<sup>100</sup>. Partindo desses elementos, propõe que “quem propõe a ação tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propõe a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas.”<sup>101</sup>.

Não obstante a reconhecida tradição processual brasileira em seguir os pressupostos da doutrina até aqui mencionada para orientar a definição das suas regras de distribuição do ônus da prova, vale ainda considerarmos, pela relevância do tema, breves comentários sobre a teoria de Rosenberg. O autor alemão, em obra clássica sobre o tema, propõe uma superação das teorias baseadas na natureza dos fatos alegados, apontando que o direito material envolvido na controvérsia deveria ocupar o papel central na definição da regra de distribuição do ônus probatório. Sustenta, assim, que “La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique um determinado

---

<sup>99</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico aponta que: “Assim, quem empresta dinheiro dificilmente deixa de munir-se de documento comprobatório da entrega do numerário; e quem o restitui dificilmente deixa de exigir quitação. Tanto em uma quanto em outra hipótese, se o interessado deixa de precaver-se quanto à prova dos fatos, significa que confiou na honestidade da outra parte e não teve motivos para supor que aquele os negaria. Portanto, segundo a *experiência*, se o suposto mutuante não logra provar a entrega do dinheiro, é *mais provável* que realmente não o tenha entregue; e se o mutuário não prova a sua devolução, é *mais provável* que não o tenha devolvido.” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100)

<sup>100</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v.1. Padova: Cedam, 1936, p. 424.

<sup>101</sup> Loc. cit.

precepto jurídico soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de esse precepto están realizadas em los hechos.”<sup>102</sup>.

Para orientar a aplicação desse critério, propõe a classificação das normas nas classes constitutiva, impeditiva, destrutiva e exclusiva (ou inibitória de um direito), atribuindo à legislação papel relevante no estabelecimento de parâmetros textuais para a melhor identificação e enquadramento das normas nessas classes. Identificados os preceitos jurídicos envolvidos, sustenta o autor que as partes deveriam provar os pressupostos fáticos relacionados àqueles preceitos sobre os quais se fundam as suas pretensões na demanda – desconsiderando, assim, a natureza dos *factos* alegados (se constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos).

Vistas as principais teorias modernas que nortearam o desenvolvimento das regras de distribuição do ônus da prova, fácil a constatação de que o processo civil brasileiro alinhou-se à doutrina italiana, ao estabelecer como critério central para a alocação do ônus da provas a posição processual das partes e a natureza dos fatos alegados.

Nesse sentido, e seguindo a lógica já trazida pelos ordenamentos processuais de 1939 e 1973, o Código de Processo Civil de 2015 adotou como regra geral a distribuição estática do ônus da prova, que leva em consideração, como dito, a posição processual das partes e a natureza do fato a ser provado como elementos para se definir a alocação do encargo probatório entre as partes. A regra, reproduzida no art. 373, atribui ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito (inciso I), e, ao réu, o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inciso II)<sup>103</sup>.

A repartição fixa e abstrata do encargo de provar parte do pressuposto que as partes estariam em situação de igualdade formal, sendo irrelevantes as particularidades do caso concreto e/ou as distinções entre elas no mundo real. Busca-se, com isso,

---

<sup>102</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: EJEJA. 1956, p. 91.

<sup>103</sup> Apesar de o art. 373, do CPC, se referir apenas ao autor e ao réu, Dinamarco aponta que “em suas palavras reside a disciplina da distribuição do ônus da prova entre *todos os sujeitos que figuram como partes no processo*.”, e que “os vocábulos *autor* e *réu*, empregados nos incisos do art. 373, têm na realidade o significado mais amplo de *demandante* e *demandado*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 80)

supostamente, privilegiar a segurança jurídica e o tratamento imparcial das partes no curso do processo.

O CPC/73, vale dizer, admitia como única exceção de sua aplicação a convenção entre as partes (art. 333, parágrafo único), deixando ao juiz pouca ou nenhuma margem para atuação no caso concreto com vistas à adoção de alguma flexibilização para adequação da distribuição do ônus da prova às particularidades do caso concreto. Entretanto, e sem embargo da premissa de que a aplicação da regra da distribuição estática do ônus da prova se mostra apta a contribuir para a solução de parcela significativa dos conflitos, a prática também demonstra que não são raros os casos em que a parte onerada com o ônus de provar não se mostra nas melhores condições de trazer ao processo a comprovação dos fatos, o que é passível de comprometer a busca pela verdade e a justiça da decisão<sup>104</sup>.

Pela falta de adaptabilidade da regra geral às particularidades do caso concreto, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto sustentam, inclusive, que a regra da distribuição estática do ônus da prova tem “na verdade, pouca preocupação com a justiça do caso concreto, mas apenas com a mera solução do caso – ‘a justiça da lei –, não se perquirindo quem é mais hábil a provar ou se a aplicação da regra, em certas situações, provoca injustiças.”<sup>105</sup>, tendo como função principal apenas evitar o *non liquet*. Chamando também a atenção para a insuficiência da regra estática, Humberto Theodoro Júnior tece relevante crítica:

Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação dos fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz

---

<sup>104</sup> Sobre o tema, bem destaca Artur Thompsen Carpes, que “O resultado inexoravelmente passou a não ser o mais adequado na perspectiva de um Estado Constitucional que eleva o acesso à tutela jurisdicional à condição de direito fundamental (art. 5º, XXXV, CRFB). A distribuição dos ônus probatórios, compreendida em sua dimensão absolutamente estática, revelava-se alheia à igualdade substancial das partes e com efetivas possibilidades que a parte onerada possui em concreto para cumprir com o ônus estabelecido pela lei. Marcada a ideia de que a lei genérica, abstrata e de eficácia temporal ilimitada somente seria possível em uma sociedade formada por iguais – o que se reverá evidente utopia – ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, ‘baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das desigualdades concretas’, o ônus estático da prova poderia revelar-se inadequado diante das peculiaridades do caso concreto.” (CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.* p.98.)

<sup>105</sup> MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.* p. 137.

fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 370. (...) Ainda que a teoria do Código de 1973 (a de distribuição estático do *onus probandi*) – devida à autoridade de Chiovenda – seja idônea para solucionar a maioria das hipóteses, o certo é que, em muitas situações, e revela inadequada ao equacionamento do caso concreto segundo as exigências do *processo justo*. Assim, exige-se do juiz, em condições especiais, a flexibilização das regras legais ordinárias sobre o ônus da prova, ‘cuja aplicação fria pode acarretar sacrifício excessivo a uma das partes e, às vezes, até mesmo iniquidade’”<sup>106</sup>

Reconhecendo a premissa de que a regra geral de distribuição do ônus probatório se revela insuficiente para determinadas situações, o legislador, orientado pelo princípio da isonomia, trouxe a possibilidade da inversão do ônus da prova em hipóteses previamente autorizadas, com o objetivo de reequilibrar a posição processual entre partes notoriamente desiguais e possibilitar ao juiz o acesso ao melhor conjunto probatório. No direito brasileiro, o instituto da inversão do ônus da prova tem como maior exemplo a sua aplicação no direito consumerista, tendo sido positivado no art. 6º, VIII, do CDC, como um “direito básico do consumidor”, e aplicável “quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente” – denominada inversão *ope judicis*.

Sem embargo da importância do instituto para corrigir distorções quando uma das partes se encontra em flagrante posição de hipossuficiência, fato é que essa técnica, como complemento à regra geral, também não pode ser vista como adequada para resolver toda sorte de litígios. Conforme apontado por Vitor de Paula Ramos, a “chamada inversão do ônus probatório, em realidade, nada mais é do que a mudança do ‘critério de desempate’, ou seja, da mudança do sujeito que sofrerá as consequências pela insuficiente corroboração das hipóteses fáticas.”<sup>107</sup>, logo, possui maior relação com a utilização do ônus da prova como regra de julgamento entre partes desiguais do que com a distribuição do encargo de provar considerando as particularidades do caso

---

<sup>106</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 884.

<sup>107</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit*, p. 93.

concreto e a busca pela realidade dos fatos – e, conseqüentemente, pela decisão mais justa. Trata-se de regra estática, mas com os polos invertidos.

Corroborando a insuficiência da regra da distribuição estática como única solução para a alocação do ônus probatório, Leonardo Greco afirma que “As regras da distribuição do ônus da prova, portanto, não podem mais ser vistas como sagradas, já que a busca da verdade se torna cada vez mais essencial à garantia de um processo equânime.”<sup>108</sup>. Partindo desse diagnóstico, a ciência processual evoluiu no sentido de desenvolver propostas para harmonizar o tema do ônus da prova com os resultados esperados de um modelo processual pautado na igualdade substancial, na realização do escopo social da jurisdição e na instrumentalidade do processo.

Trataremos adiante da distribuição dinâmica do ônus da prova, e como a sua positivação em nosso sistema processual pode (e deve) ser utilizada como uma ferramenta para acentuar a aproximação do processo com a busca pela decisão de mérito justa e efetiva.

## 2.5. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15

Como nota introdutória ao tema, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto, fazendo referência às lições de Juan Alberto Rambaldo, destacam que a teoria dinâmica do ônus da prova constitui “um giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, que passa a acentuar a finalidade do processo pelo valor justiça, atenuando o ângulo do ‘cumprimento de formas processuais abstratas’”<sup>109</sup>.

Impossível não se reconhecer, de início, a influência da doutrina argentina, na figura de Jorge W. Peyrano, para o desenvolvimento do tema, que impulsionou a utilização da dinamização do ônus da prova na prática processual brasileira (de maneira ainda tímida) antes mesmo da positivação do instituto no Código de processo Civil de 2015<sup>110</sup>. No final do século passado, o autor já pontuava que deveria haver um

---

<sup>108</sup> GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>109</sup> MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.* p. 135.

<sup>110</sup> Em artigo publicado em obra organizada pelos Professores Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier, ainda sob a égide do CPC/73, Jorge W. Peyrano, ao rebater as críticas que rejeitavam a aplicação da carga dinâmicas das provas por ausência de fundamento legal, já pontuava que “Esta línea argumental es la más cómoda para desestimar a las cargas probatorias dinámicas. Es que

deslocamento do *onus probandi*, “segundo forem as circunstâncias do caso”, para quem estiver “em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas” para produzir o conjunto probatório. E concluía, que “[A] chamada doutrina dos ônus probatórios pode e deve ser utilizada nos processos em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais, que, como regra, repartem os esforços probatórios.”<sup>111</sup>.

A incorporação definitiva da distribuição dinâmica do ônus da prova em nosso sistema processual, por meio do art. 373, §1º, do CPC/15, constitui uma quase ruptura em relação ao modelo probatório anterior, até então pautado em regra rígida, previamente fixada e que muitas vezes se mostrava insuficiente para propiciar a formação do melhor conjunto probatório acerca dos fatos alegados pelas partes no processo.

A previsão da dinamização do ônus da prova complementa o sistema probatório até então vigente e permite que o juiz considere as particularidades do caso concreto para atribuir parcialmente o encargo de provar à parte que possuir melhores condições de suportá-lo – independentemente de sua posição processual e da natureza jurídica do fato a ser provado. Confere, assim, igualdade substancial entre as partes e aplica um “filtro isonômico”<sup>112</sup> ao direito fundamental à prova, de modo a adequá-lo às especificidades do caso e assim mitigar o risco de se conferir tratamentos desequilibrados às partes.

Sobre o tema, Marinoni e Mitidiero, em lições proferidas ainda à época da proposta de revisão do CPC/73, já apontavam que o princípio da igualdade aplicado ao processo civil determina que se outorgasse relevância “à necessidade de instituir-se

---

releva a sus mentores de todo esfuerzo intelectual porque ‘vestibularmente’, consideran fuera de toda ponderación por no contar com consagración legal expresa. Sin recurrir a argumentaciones jusfilosóficas acerca de que la Ley no es la única fuente del Derecho, nos permitimos consignar que desde mediados de siglo veinte dicha línea de pensamiento es absolutamente descartable. (...) A estas alturas, creemos que ya no puede insistirse em el argumento em análisis, máxime cuando la teoría de las cargas probatorias dinámicas há sido considerada ‘doctrina recibida’ por el XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal.”. (PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215)

<sup>111</sup> PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; LÉPORI WHITE, Inés (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 19-20.

<sup>112</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.* p.113.

cláusula geral de dinamização do ônus da prova no processo civil.”<sup>113</sup>. Reforçando essa preocupação, Rafael Sirangelo de Abreu, em obra específica sobre as relações de igualdade no processo civil, destaca que “O direito fundamental à igualdade é a base que permite ao juiz dinamizar-se a estrutura dos ônus probatórios, atingindo o ideal de igualdade na sua acepção substancial.”<sup>114</sup>

Vale dizer, porém, que não é toda e qualquer sorte de desigualdade entre as partes que deve justificar a flexibilização da regra geral de distribuição do ônus probatório. Nesse sentido, Yarshell alerta que “em matéria de prova as partes podem ser desiguais e nem por isso tal desigualdade ser fator que prejudique a produção dos elementos de instrução pelos interessados”<sup>115</sup>. Partindo dessa premissa, entendemos que demandará tratamento processual diferenciado a desigualdade substancial que esteja relacionada à (in)capacidade da parte de produzir o conjunto probatório esperado e que possa, em última medida, interferir no resultado da demanda.

A positivação do instituto dá um passo importante na direção da busca pela igualdade substancial entre as partes, além de fomentar a busca pela obtenção da verdade dos fatos<sup>116</sup> e reforçar as bases do modelo de processo cooperativo, elementos indispensáveis à uma decisão de mérito justa. Esta releitura do fenômeno probatório, focada no objetivo de se proferir uma decisão de mérito justa e efetiva, serve inclusive para reforçar a já vista subsidiariedade do aspecto objetivo do ônus da prova, visto que a maior possibilidade de acesso das partes e do juiz ao conjunto probatório reduz as

---

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

<sup>114</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. Coleção: o novo processo civil. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (coord.); MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 215.

<sup>115</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

<sup>116</sup> Sobre a expectativa da utilização da dinamização do ônus da prova para formação de um melhor conjunto probatório, fazemos referência à crítica formulada por Vitor de Paula Ramos, com a qual discordamos, no sentido de que o instituto não atenderia esta finalidade, visto que as partes não possuiriam “o desejável estímulo” para a produção de provas, e que está diante de um ônus “que comporta necessariamente a possibilidade de recusa na produção pela parte que o detém (ou, nesses casos, que passa a deter)”. Assim, afirma o autor, que “a dinamização não parece trazer qualquer ‘benefício’ ou acréscimo para o conjunto probatório. Com dinamização ou sem dinamização, o conjunto probatório será rigorosamente o mesmo. Afinal, a parte que detém uma prova contrária à sua versão dos fatos não a levará aos autos; a que detém uma que corrobore a sua versão a levará.”. (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018)



chances de ocorrerem julgamentos de mérito desprovidos dos conjuntos probatórios adequados e baseados apenas na utilização do ônus da prova como regra de julgamento.

Se aproxima, da mesma forma, da dimensão do conceito de acesso à justiça como “acesso à ordem jurídica justa”, brilhantemente propagada por Kazuo Watanabe, no sentido de se compreender o acesso à justiça não apenas como uma possibilidade de o cidadão recorrer à “Justiça enquanto instituição estatal”, mas sim de receber uma prestação jurisdicional efetiva, aderente à realidade e pacificadora de conflitos. Nesse sentido, afirma o autor que “a atualização do conceito de acesso à justiça vem provocando repercussão na amplitude e qualidade dos serviços judiciários e bem assim no elenco de técnicas e estratégias utilizadas pela Justiça na solução de conflitos de interesses”<sup>117</sup>, dentre as quais podemos elencar, com alguma tranquilidade, a dinamização do ônus da prova.

Em que pese a dinamização do ônus da prova não ser necessariamente uma novidade na prática processual brasileira, já tendo sido aplicada em corajosas decisões de alguns Tribunais com fundamento direto na Constituição Federal<sup>118</sup>, vale dizer que a sua positivação, além de configurar um avanço importante na consolidação de uma visão moderna de processo, traz a segurança jurídica necessária para que a técnica venha a ser difundida e empregada, sem a necessidade e o risco de se desviar para discussões acerca de sua constitucionalidade.

Sem embargo da relevância do instituto, vale ainda observar que o legislador foi prudente ao fixar critérios mínimos e bem delineados para que o juiz possa guiar a sua análise quando da avaliação da pertinência de se dinamizar o ônus da prova entre as partes. Evita-se, com isso, qualquer juízo de equidade ou atuação dotada de arbítrio e/ou imparcialidade por parte do juiz, que possa tornar excessivamente onerosa para uma das partes a tarefa de se desincumbir do ônus probatório – cuidado reforçado pela necessidade de fundamentação da decisão que optar pela dinamização do ônus da prova.

---

<sup>117</sup> WATANEBE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 110.

<sup>118</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Quinta Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70064808298, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, DJE 22/05/2015; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento 20140020301256, Relator Desembargador Angelo Passareli, DJE 28/09/15; Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 619.148/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJE 01/06/2010.

E tais requisitos estão indicados expressamente no art. 373, §1º, do CPC/15, que admite a dinamização do ônus da prova somente nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa relativas, (i) à impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte cumprir o encargo atribuído na forma da regra geral, ou (ii) à maior facilidade de obtenção da prova do fato por uma das partes. Essas “peculiaridades da causa” devem ser analisadas no caso concreto, e, se presentes, o juiz não deve se furtar de dinamizar o ônus da prova entre as parte para que se obtenha o melhor resultado do conjunto probatório a ser produzido durante a comunhão de trabalho.

Importante que a análise do atendimento desses requisitos pelo juiz leve em consideração a real existência de superioridade de uma parte para produzir a prova sobre os fatos alegados em relação à outra. Assim, evita-se que uma eventual dinamização fundada, por exemplo, apenas na excessiva dificuldade da parte inicialmente onerada de produzir a mesma prova, não apenas transfira para a outra parte dificuldade semelhante – hipótese de *probatio diabolica reversa* que o §2º do art. 373 coíbe. Ou seja, a parte que recebeu o encargo probatório após a dinamização não só deve ter condições de suportá-lo, mas também estar em melhores condições do que a parte que seria onerada pela regra geral estática.

Presentes os requisitos autorizadores da medida, e em que pese se tratar de uma faculdade do juiz – confirmada pelo termo “poderá” na redação do §1º do art. 373, do CPC/15 –, fato é que a dinamização do ônus da prova, nestas hipóteses, se mostra altamente recomendável e em sintonia com as finalidades da visão moderna do processo, focada na entrega da prestação jurisdicional justa, efetiva, leal e aderente à realidade. Neste sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior, que não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de “complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.”<sup>119</sup>

Em posição semelhante, destacando também a aproximação da dinamização do ônus da prova com o modelo de processo cooperativo, Carpes bem destaca que

---

<sup>119</sup> THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 886.

“constitui verdadeiro dever de colaboração do órgão judicial (art. 6º, CPC) lançar mão da técnica da dinamização, a fim de que não seja lesado o direito fundamental de efetiva e isonômica participação na construção da decisão judicial”<sup>120</sup>.

Esta atuação cooperativa da parte incumbida com o ônus de provar por se encontrar em melhor posição para tanto não deve ser confundida, entretanto, com uma transferência, ao réu, da obrigação de provar os fatos constitutivos do direito do autor, tampouco da obrigação do autor de provar a existência de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. O instituto em referência não deve ser entendido como uma superação do modelo tradicional de definição das regras de distribuição do ônus da prova pautado na doutrina italiana, que, como visto, ainda é a regra. Trata-se, na verdade, de técnica complementar (e, podemos dizer, de natureza excepcional), que permite o manejo diferenciado do ônus probatório com vistas a ampliar as possibilidades de se obter o conjunto probatório que permitirá o melhor julgamento de mérito, independentemente da natureza jurídica dos fatos alegados e das posições das partes.

Formado o conjunto probatório suficiente para tanto, sairá vencedora a parte sobre a qual o direito material conferir o melhor tratamento, ainda que as provas não tenham sido carreadas ao processo por ela. Entretanto, se a parte a quem cumpria o ônus de provar (por ter mais condições de fazê-lo) deixar de se desincumbir e com isso não formar a convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos, é inafastável a utilização do ônus da prova, mesmo após sua dinamização, também como regra de julgamento (aspecto objetivo) para que recaia sobre os efeitos desfavoráveis da decisão de mérito.

Caracterizada, portanto, a dinamização do ônus da prova como uma forma de se mitigar o risco de injustiças que possam ser causadas no caso concreto como resultado da aplicação rígida da distribuição do ônus probatório, e também como instrumento relevante para se fomentar a igualdade substancial entre as partes no processo, veremos na sequência deste trabalho que a utilização do instituto possui um largo campo de aplicação nas demandas que envolvam o particular e a Fazenda Pública.

---

<sup>120</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.* p.124.

**PARTE II**  
**A POSIÇÃO PRIVILEGIADA DA FAZENDA PÚBLICA**

### CAPÍTULO 3. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Por se tratar do maior litigante do país perante o Poder Judiciário, e considerando os desafios inerentes à inexistência de uma codificação própria para regular as diversas particularidades de sua atuação no processo, o estudo da Fazenda Pública em juízo vem sendo objeto de reflexões por parte da doutrina processualista e administrativista nos últimos anos, o que deu origem inclusive a um novo ramo da ciência processual, denominado Direito Processual Público<sup>121</sup>. Para melhor compreensão do tema e das finalidades a que esse trabalho se propõe, imprescindível a tarefa de delimitar, de início, o conceito de Fazenda Pública que será aqui considerado.

O conceito de Fazenda Pública pode variar a depender da esfera em que está relacionado. No âmbito extrajudicial, a Fazenda Pública normalmente se confunde com os órgãos da administração direta ligados à gestão financeira dos entes públicos, não guardando correlação com o tema do presente trabalho. Na esfera judicial, o conceito de Fazenda Pública adota uma perspectiva mais ampla, servindo para referenciar os entes personalizados da administração direta e indireta (de direito público)<sup>122</sup>. Nas palavras de

Consideradas as pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública<sup>123</sup>, podemos considerar inseridas no conceito de Fazenda Pública, quando em juízo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que

---

<sup>121</sup> Sobre o tema, destacamos a obra coletiva *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000. Nesta obra, no texto intitulado “A emergência do Direito Público Processual” (p. 31 a 44), Cassio Scarpinella Bueno afirma que “O direito processual público, em suma, parece-me, clara e inequivocamente, responsável pela realização dos próprios fins do Estado como um todo (não apenas da jurisdição) e sua importância cresce na exata proporção em que se compreende que todo e qualquer ente do Estado está sujeito a uma ampla forma de controle jurisdicional. O direito processual público, nestas condições, realiza, faz concreto o próprio Estado de Direito. Não aquele Estado de Direito sinônimo de máquina administrativa. Mas Estado de Direito como sinônimo de resguardo de direitos e garantias dos destinatários do Poder e Estado de Direito, enquanto realizador da legitimação das decisões políticas e do bem-estar social.”

<sup>122</sup> Leonardo Carneiro da Cunha aponta que “O uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Poder Público em juízo ou do Estado em juízo ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo. Na verdade, a expressão Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público.” (CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1-2)

<sup>123</sup> Na forma do Decreto-Lei nº. 200/67.

compõem a administração direta<sup>124</sup>, além das autarquias e fundações de direito público, que integram a administração indireta. Empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que integrantes da administração indireta, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não estão abrangidas pelo conceito de Fazenda Pública.

Inseridas no conceito de autarquias (especiais) – e, portanto, de Fazenda Pública –, se encontram ainda as Agências Reguladoras, criadas por lei e com personalidade jurídica própria, e que adquiriram papel de destaque no país nas últimas décadas pela execução e acompanhamento de políticas públicas setoriais estratégicas para a sociedade – não por outra razão, passaram a figurar com mais frequência em litígios judiciais. Os atos proferidos pelas Agências Reguladoras e o seu tratamento em juízo serão também objeto de considerações no decorrer deste trabalho, visto a sua aderência aos objetivos que aqui se propõem.

Para evoluirmos com a fixação das premissas que compõem esse trabalho, trataremos na sequência sobre o tratamento diferenciado que os entes integrantes da Administração Pública gozam, no direito processual e no direito material, bem como a sua relação com os objetivos do processo moderno e os efeitos causados no (des)equilíbrio da relação processual com o particular.

### 3.1 PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS?

De início, fazemos uma observação no sentido de que prerrogativas não se confundem com privilégios. Estes últimos denotam tratamentos desarrazoados, indevidos e, muitas vezes ilegais, ao passo que as prerrogativas possuem, via de regra, justificativas pautadas na razoabilidade, na busca pelo equilíbrio e na isonomia. Em que pese o tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública em juízo ser caracterizado na doutrina tradicional como prerrogativa, importante tratarmos o tema com a avaliação crítica necessária para entendermos se as elásticas vantagens processuais em relação ao particular ainda se mostram aderentes às expectativas atuais do processo e se ainda

---

<sup>124</sup> José dos Santos Carvalho Filho chama atenção ainda para a prática forense que se refere às entidades da administração direta como *Fazenda Federal*, *Fazenda Estadual* e *Fazenda Municipal*. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1017)

devem, por isso, ser conceituadas dessa forma. Como bem alerta Yarshell, “Não há dúvida de que a desigualdade real entre a Fazenda Pública justifica um tratamento diferente. O problema todo reside em encontrar os limites segundo os quais a Fazenda Pública pode ser tratada de forma distinta.”<sup>125</sup>.

Inequívoco que a Fazenda Pública tem o dever de zelar pelo interesse público<sup>126</sup>. Leonardo Carneiro da Cunha, ao discorrer sobre o conceito de interesse público, destacando não ser este uma soma dos interesses particulares, destaca que “O interesse público invoca a presença do Estado-administrador ou do Estado-legislador, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução pelo administrador público.”<sup>127</sup>.

Sob essa ótica, o primeiro argumento comumente utilizado, pela doutrina e jurisprudência, para justificar as denominadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública está respaldado na visão de o Estado proteger o interesse público, o qual, por isso, deveria sempre prevalecer quando em conflito com os interesses privados – visão que constitui o propagado princípio da supremacia do interesse público<sup>128</sup>. Trata-se, portanto, de questão que dialoga com a doutrina administrativista, e que pode, em alguma medida, ser entendida como um efeito processual reflexo das posições que transitam por aquela área em relação ao papel do Estado na sociedade e na proteção dos direitos da coletividade.

Reforçando essa premissa, sobre o referido princípio, Hely Lopes Meirelles afirma que “essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados”<sup>129</sup>. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que o referido princípio “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como

---

<sup>125</sup> YARSHELL, Flavio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. *in: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 214.

<sup>126</sup> Abrangido aqui o rol de direitos classificados como interesse público primário e secundário.

<sup>127</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 27.

<sup>128</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29.

<sup>129</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 105.

condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.”<sup>130</sup>. E prossegue o autor, apontando como consequência, a “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares.”. Dada a relevância da posição e a influência exercida sobre a doutrina tradicional, transcrevemos a seguinte lição de Celso Antônio sobre o tema:

A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição, para gerir os interesses postos em confronto, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, no direito de modificar, também, unilateralmente, relações já estabelecidas. Tal prerrogativa se expressa nas diferentes manifestações daquilo que a doutrina francesa chama ‘puissance publique’, correspondendo ao ‘jus imperii’.<sup>131</sup>

Também apontando como defensor da primazia do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, Fábio Medina Osório sustenta inclusive que, a partir de suas “múltiplas fontes constitucionais”, (...) a superioridade do interesse público sobre o privado poderia ser, além de princípio, uma ‘regra’”. Na visão do autor, “Seria uma norma equiparável à legalidade, à irretroatividade, ou anterioridade da tributação, todas já classificadas alhures como ‘meta-regras’”<sup>132</sup>. Trata-se, por certo, de um dos princípios mais consagrados e reconhecidos pela doutrina administrativista, e que, devemos reconhecer, teve papel relevante na construção do nosso ordenamento jurídico, ao menos até aqui.

Refletindo a aplicação desse princípio no âmbito processual, Leonardo José Carneiro da Cunha sustenta ser inerente ao próprio interesse público viabilizar a atuação da Fazenda Pública no processo “da melhor e mais ampla maneira possível”, o que demanda lhe sejam conferidas as “condições necessárias e suficientes a tanto”,

---

<sup>130</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico. *Revista de Direito Público*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 45-47.

<sup>131</sup> Idem.

<sup>132</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? In: *RDA 220*: Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 69-107.



atendendo, “efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.”<sup>133</sup>

Como mais um argumento relacionado à prevalência do interesse público sobre o interesse privado, José Roberto de Moraes, ao trazer argumentos focados nos desafios práticos da realidade da Administração Pública, aponta como elemento justificador das prerrogativas da Fazenda Pública o fato desta estar em juízo defendendo o erário. Nas palavras do autor, “Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que estará protegendo, em última análise, é o erário.”<sup>134</sup>. E prossegue, ao afirmar que “Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É de toda a sociedade que contribui para isso.”

Nada obstante a existência de uma visão até então consolidada sobre a prevalência do papel do Estado em relação ao particular, oportuno para este trabalho destacar a existência de moderna corrente na doutrina administrativista que sinaliza uma mudança de rumos, no sentido de propor uma releitura desse papel do Estado em relação ao particular, e que parte de um questionamento profundo sobre as bases do princípio da supremacia do interesse público.

Sobre o tema, não há como deixar de fazer referência ao pensamento de Humberto Ávila, que provocou verdadeira reviravolta na dogmática jurídica brasileira, através do artigo intitulado “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular’”<sup>135</sup>, no qual propôs uma releitura das bases conceituais do referido princípio, até então intocadas, para firmar novas premissas e chegar às seguintes conclusões:

- *conceitualmente* ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas;
- *normativamente* ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;

---

<sup>133</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.29.

<sup>134</sup> MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69.

<sup>135</sup> Obra publicada em: *Revista Trimestral de Direito Público* n. 24, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 159-180.

- ele não pode *conceitualmente e normativamente* descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode 'o' interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados.

As ponderações feitas tornam também claro que este 'princípio' não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;

- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta, e, sendo assim, em vez de termos um 'princípio abstrato de supremacia' teríamos 'regras condicionais concretas de prevalência' (variáveis segundo o contexto).

Também como expressão de relevo dessa corrente, Gustavo Binembojm formula críticas contundentes ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, destacando se tratar de um mito, na medida em que, segundo o autor, não se pode falar em prevalência absoluta do público sobre o particular. Nas palavras do autor, dada a importância do contraponto:

A origem liberal e garantística do direito administrativo, forjado a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. (...) Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público - entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas - consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual. (...) Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165-166.

Daniel Sarmento, ao se filiar a essa corrente e defender a relativização do referido princípio, especialmente nas hipóteses em que o interesse público for confrontado com situações que envolvam interesses privados respaldados em direitos fundamentais, conclui com maestria:

O engajamento em causas comuns e a cooperação solidária carecem também de outros alicerces. E um destes alicerces pode ser a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; participe da formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direito invioláveis; sujeito, e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os interesses legítimos dos seus cidadãos.<sup>137</sup>

O legislador, entretanto, reconhecendo a relevância do interesse público defendido em juízo, e partindo da premissa de que haveria uma desvantagem material entre a Administração Pública e os particulares, quanto, por exemplo, à velocidade, volume, estrutura e capacidade de atender as demandas no prazo<sup>138</sup>, estabeleceu no ordenamento jurídico mecanismos processuais para reforçar (ou supostamente equilibrar) a posição da Fazenda Pública em juízo.

Refletindo essa leitura, o Código de Processo Civil de 2015 manteve as diretrizes do Código de 1973 e garantiu à Fazenda Pública uma série de vantagens em relação ao particular, que constituem as denominadas “prerrogativas processuais”. O fez sob a justificativa de se tratar de medida de promoção da isonomia (entendida como igualdade substancial) entre as partes e busca pela paridade de tratamento no processo judicial (garantido pelos arts, 7º e 139, I, do CPC)<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116. Em resposta a essa visão, José dos Santos Carvalho Filho aponta que “malgrado todo o esforço em contrário, a prevalência do interesse público é indissociável do direito público, este, como ensina SAYAGUÉS LASO, o regulador da harmonia entre o Estado e o indivíduo.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30)

<sup>138</sup> Existiria, sob essa ótica, uma espécie de vulnerabilidade da Administração Pública em relação ao particular, justificada por Leonardo Carneiro da Cunha pelo “excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 29)

<sup>139</sup> Reafirmando a necessidade e a pertinência de se tratar a Fazenda Pública de modo diferenciado quando se encontra em litígio, Leonardo Carneiro da Cunha destaca que alguns ordenamentos europeus

Não obstante a relevância do valor da isonomia para o processo<sup>140</sup>, nos parece que o legislador, apesar de bem-intencionado, teria reproduzido o exagero histórico dessa dose protetiva ao Estado. Dentre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública – a maioria delas estabelecidas no próprio CPC/15 – podemos destacar, o prazo em dobro para todas as suas manifestações (art. 183), a intimação pessoal de seus representantes (art. 183), o duplo grau de jurisdição como condição de eficácia para as sentenças contrárias (art. 496, à exceção das hipóteses dos §§ 3º e 4º), fixação de honorários de sucumbência em valores reduzidos (art. 85, §3º), a dispensa para o depósito da caução como condição para a propositura da ação rescisória (art. 968, §1º), a não incidência dos efeitos materiais da revelia quando se tratar de direitos indisponíveis (art. 345, II) e prazos prescricionais próprios (Decreto nº. 20.910/32).

Sem embargo do reconhecimento de que a Fazenda Pública possui particularidades que demandariam algum tratamento diferenciado quando comparada ao particular, importante a reflexão sobre se essas vantagens, quando acumuladas, se justificam ou se revelam um resquício de um modelo processual ultrapassado e excessivamente protetor da Fazenda Pública – que, a nosso ver, se distancia dos objetivos do processo contemporâneo, focado na entrega jurisdicional justa, efetiva e a tempo razoável.

Em uma análise em perspectiva, nos parece que o tratamento conferido à Fazenda Pública se mostra um tanto desequilibrado em relação ao particular, quando, por exemplo, em um processo de conhecimento, os prazos para todas as suas manifestações serão contados em dobro, a sua intimação será sempre pessoal, as hipóteses de recebimento de medidas liminares serão restritas, eventual sentença desfavorável terá sua eficácia condicionada à confirmação da decisão em segunda instância, em caso de sucumbência deverá pagar honorários advocatícios reduzidos, e, mesmo após o trânsito em julgado desfavorável, terá ainda à disposição um regime

---

chegaram a optar por retirar as causas envolvendo a Fazenda Pública da jurisdição comum e confiá-las a estruturas específicas que não integram a mesma jurisdição, citando, por exemplo, o direito francês (com seu *Conseil d'État*), o direito italiano e o direito espanhol. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 30-31).

<sup>140</sup> Dinamarco aponta que a observância da isonomia pelo juiz é muito próxima da imparcialidade, e está relacionada com “as garantias da liberdade, do contraditório e da ampla defesa.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v.1, 8 ed. 2016. p. 339).

próprio para o pagamento de suas condenações que impõe ao particular uma espera além do razoável para ver concretizado o seu direito<sup>141</sup>.

Essas circunstâncias tornam extremamente penoso ao particular litigar contra a Fazenda Pública, e, a nossos ver, ultrapassam os limites da razoabilidade e da própria busca pela isonomia em relação ao particular, gerando um verdadeiro efeito reverso. Dando luz ao problema, Dinamarco acentua se tratar de uma realidade preocupante no direito brasileiro os privilégios “de que gozam os entes estatais e seus agentes quando partes no processo civil”. E conclui:

Às disposições legais que instituem situações de desequilibrada vantagem ao Estado e ao Ministério Público acrescem-se certas tendências dos juízes a privilegiá-los ainda mais, o que eles fazem ao conferir a essas entidades tratamentos incompatíveis com a garantia constitucional da isonomia processual. Compreende-se o zelo pelas coisas do Estado e do interesse público, sendo legítimas as medidas destinadas a evitar malversações ou omissões lesivas aos bens e interesses geridos pelos agentes do Estado; mas o que preocupa é o exagerado desequilíbrio anti-isonômico instituído em nome desse zelo e desse interesse geral, que vem conduzindo o sistema processual a deixar os adversários da Fazenda ou do Ministério Público em situação inferiorizada no processo, a dano dos pilares do *processo justo e equo*.<sup>142</sup>

O autor chama ainda atenção para o fato de que parte do conjunto de medidas protetoras do Estado em juízo foi concebida no sistema processual brasileiro no Código de Processo Civil de 1939, dotado de inspiração fascista e promulgado pela ditadura do Estado-Novo, não devendo subsistir sob a égide da Constituição Federal de 1988, que deu “grande realce aos valores do ser humano, do trabalho, da cidadania e da

---

<sup>141</sup> Destacamos ainda as considerações de Yarshell em relação às dificuldades enfrentadas pelo autor da demanda para se garantir a efetividade das decisões judiciais contra a Fazenda Pública, para defender que “Multa diária e outras medidas de apoio que sejam possíveis para atingimento do bem jurídico perseguido pelo autor da ação – mesmo que por intermédio da tutela penal – podem e devem ser acalentadas, podem e devem ser estimuladas para obtenção da ‘tutela específica’”. E prossegue, “Não há nada no sistema que justifique, dentro do princípio da legalidade, que a administração não possa se submeter à mesma regra de efetividade processual. (...) As dificuldades que o tema envolve não podem significar que a Fazenda Pública não esteja sujeita às mesmas medidas de apoio à que está sujeito o particular na tutela das obrigações de fazer e não fazer. Não vejo, aliás, como qualquer interferência no princípio da Separação dos Poderes na hipótese. O que, a meu ver, compromete a sobrevivência do Estado democrático é exatamente a subsistência de uma decisão judicial não cumprida.” (YARSHELL. Flavio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. *in: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 212-226).

<sup>142</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 341.

liberdade”<sup>143</sup>. E prossegue o autor, afirmando que “A manutenção de dispositivos anti-isonômicos no Código de Processo Civil de 1973 explicava-se pelo fato de ele ser mera continuação do estatuto de 1939, em relação ao qual muito pouco inovou substancialmente.” Não por outra razão, Dinamarco define o Estado em juízo como uma “superparte”<sup>144</sup>.

Ao analisar o conjunto de prerrogativas processuais garantidas à Fazenda Pública, Leonardo Greco reforça a crítica, sob a ótica da violação da igualdade entre as partes. Nas palavras do autor:

Reexame necessário, critérios diferenciados para o arbitramento de honorários da sucumbência, intimação pessoal dos advogados da União, dispensa do depósito de 5% do valor da causa na ação rescisória, parcelamento dos precatórios, proibição de liminares, dispensa do depósito da multa por interposição de agravo manifestamente incabível ou infundado, proibição de execução de sentenças antes do trânsito em julgado, possibilidade de intervenção das pessoas jurídicas de Direito Público nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente de interesse jurídico (Lei n. 9469/97, art. 5º), suspensão de decisão judicial por despacho de presidente de tribunal, até o trânsito em julgado, são privilégios que violam a garantia da igualdade concreta e que, sob seu primado, devem ser reavaliadas para eliminar o evidente desequilíbrio de forças que existe hoje nos processos das causas em que o Estado é parte.<sup>145</sup>

Atento ao tema, Fernando Gama de Miranda Netto imprime também a sua crítica às prerrogativas da Fazenda Pública, destacando inclusive o reforço que esse cenário confere à desconfiança do particular em relação à lei e ao legislador democrático. Aponta ainda que “os privilégios estabelecidos em favor das pessoas de direito público constituem barreiras indesejáveis para uma política processual em que o cidadão figure em lugar de destaque.”. E conclui que “Tais privilégios postos na legislação podem ser considerados como resquícios de um Estado que, mesmo errando,

---

<sup>143</sup> *Idem.* p. 343.

<sup>144</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 126-127.

<sup>145</sup> GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 24.

luta para se defender incansavelmente de seus cidadãos. Tal fenômeno é aqui caracterizado como *Estado processual de exceção*.”<sup>146</sup>

Sem embargo do reconhecimento da relevância do interesse público protegido pela Fazenda Pública, e até mesmo de algumas situações de falta de aparelhamento da máquina pública responsável pela sua defesa em juízo (o que, porém, não se pode generalizar), nota-se que a crítica que se faz é em relação ao exagero criado pelo sistema processual na concessão de vantagens à Fazenda Pública no curso de todo o processo, que geram, na prática, um tratamento desequilibrado e antiisonômico em relação ao particular.

Com relação ao duplo grau obrigatório em favor da Fazenda Pública, por exemplo, Dinamarco aponta se tratar de um “aberrante favorecimento, que a generalidade dos ordenamentos processuais dos povos civilizados desconhece, põe o Estado em situação manifestamente mais cômoda que os particulares, além de apoiar-se no falso pressuposto da incapacidade profissional, desleixo ou mesmo corrupção generalizada entre os procuradores dos entes estatais.”<sup>147</sup>

Fazendo coro às críticas à revisão obrigatória das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, a Professora Ada Pellegrini Ginover, em obra que aborda os princípios constitucionais aplicados ao Código de Processo Civil de 1973, defende se tratar de regra que viola o princípio da isonomia, visto que leva em consideração unicamente a parte envolvida, e não a relevância do direito material discutido. Nesse sentido, leciona:

“[C]riou-se, destarte, em favor da Fazenda Pública, mais um privilégio, que representa uma afronta ao princípio básico de política jurídica consoante o qual as partes merecem igualdade de tratamento. Ainda que se quisesse admitir a exigência de duplo grau de jurisdição, em processos em que a relação jurídico-material fosse de relevante importância, seria este o critério a ser usado, e não o de sentença contrária à Fazenda. Isto significa que não poderia considerar-se inconstitucional, diante de tal argumento, apenas o inciso I do art. 475 (anulação de casamento), mas os itens II e III ofendem o princípio da isonomia, porque nem sempre se configurará nesses casos lide que envolva bens da vida considerados relevantes para a ordem pública. (...) Constitui, assim, a hipótese dos incisos II e III verdadeiro

---

<sup>146</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Op. cit.* p. 49.

<sup>147</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 342.

privilégio, insustentável, porque nem sempre nesses casos a lide versará sobre bem da vida considerado socialmente relevante.”<sup>148-149</sup>

Cabe ainda destacar o desincentivo que este cenário de privilégios exagerados gera para a Fazenda Pública adotar práticas processuais razoáveis, cautelosas e responsáveis, sendo mais interessante optar por comportamentos protelatórios, não cooperativos e pautados no que Dinamarco denomina de “*litigiosidade irresponsável*”, que concorre ainda “para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população.”<sup>150</sup>

No contexto de análise da extensão e cabimento das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, importante ainda algumas breves considerações em relação à sua

---

<sup>148</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. *Os princípios constitucionais e o processo civil*. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1975, p. 44-45.

<sup>149</sup> Em sentido contrário, Barbosa Moreira afirma: “Vale a pena aqui um parêntese para refutar o asserto, repetido amiúde, de que a sujeição obrigatória de sentenças à revisão em segundo grau constitui peculiaridade exclusiva do direito brasileiro. Na América hispânica, não são poucos – inclusive entre os mais modernos, das três últimas décadas – os ordenamentos que a consagram, sob a denominação de ‘consulta’: assim, na Argentina, o *Código procesal civil y comercial de la Nación*, art. 633, 5ª alínea, para a sentença de interdição por alienação mental; o *Código de Procedimiento Civil* colombiano, art. 386, quanto às ‘sentencias de primera instancia adversas a La Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los distritos y los municipios’, bem como às de interdição e às contrárias a litigante representado por curador *ad litem*; o Código de Procedimiento Civil boliviano, art. 197, com relação às ‘sentencias dictadas contra el Estado o entidades públicas general; o *Código Judicial* panamenho, art. 1.210, para “*las resoluciones dictadas em primeira instancia adversas ao Estado, los Municipios o cualquier entidad politica-administrativa o que contra las mismas liquiden perjuicios*’ (cf. art. 1.964, nº. 5). O mais recente diploma processual hispano-americano, o *Código Procesal Civil* do Peru, de 1992, art. 408, além de contemplar diversas hipóteses de ‘consulta’ com referência a sentenças de primeiro grau (interdição, sucumbência por parte representada por curador processual, recusa do juiz a aplicar lei considerada inconstitucional e ‘*las demás que la ley senala*’), chega a submeter à revisão obrigatória da Corte Suprema as decisões de segundo grau, não impugnadas pelo recurso de cassação, nas quais se haja deixado de aplicar lei havida por inconciliável com a Constituição.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de retratação e reexame obrigatório em segundo grau. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, 1997, p. 60–66). Em outro artigo em que rebate as críticas da doutrina à regra da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública, o autor aponta que a Fazenda Pública “não pode ser equiparada a um litigante qualquer, dada a natureza dos interesses que representa.” Sustenta ainda que o instituto representa “instrumento de tutela do patrimônio público.”, e conclui: “A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido, A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de proteção especial, num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimorosamente “autoritária” a consagração de mecanismos processuais a essa proteção. O instituto de que se cuida, em particular, não nasceu sob inspiração ditatorial, e é arbitrário, tanto do ponto de vista histórico quanto do ideológico, atribuir-lhe caráter fascista.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 199-210)

<sup>150</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 343.



aplicação no procedimento arbitral. De início, e não bastasse alguma controvérsia inicial em relação à possibilidade de a Administração Pública se utilizar do instrumento da arbitragem<sup>151</sup>, a alteração feita em 2015 na Lei nº. 9.307/96 pacificou a questão, ao prever expressamente a possibilidade de a Administração Pública, direta e indireta, “utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”<sup>152</sup>.

Não obstante o recorte material feito pela Lei em relação aos direitos patrimoniais disponíveis, não há dúvidas sobre se tratar de atuação da Fazenda Pública em proteção ao erário, e, portanto, do interesse público. Apesar disso, nota-se que não há no procedimento arbitral uma reprodução automática das vantagens processuais da Fazenda Pública que lhe são conferidas no processo judicial pelo Código de Processo Civil.

Ao tratar do tema, Heitor Sica, em posição com a qual concordamos, afirma que “Parece hoje prevalecente a ideia de que a maioria das prerrogativas aplicáveis à Administração Pública em juízo não se aplicam ao processo arbitral.”. Partindo dessa premissa, sobre o reexame necessário, aponta que a sua “inaplicabilidade ao processo arbitral é manifesta, seja porque não há previsão na Lei n. 9.307/96, seja porque o CPC (seja o de 1973, seja o de 2015) não se aplica sequer subsidiariamente ao processo arbitral (o qual é regido pelas regras escolhidas pelas partes ou, à falta delas, por aquelas fixadas pelo árbitro, a teor do art. 21, caput e §1º, da Lei nº. 9.307/96.”. Com relação aos prazos diferenciados, destaca a necessidade de “se afastar a observância de prazos processuais ampliados”, visto a ausência de previsão específica na Lei, e a regra geral

---

<sup>151</sup> Em obra publicada muito antes da alteração da Lei 9.307/96 que pacificou a questão, Eduardo Talamini, reforçando a corrente doutrinária que mais tarde respaldaria o elemento considerado na previsão normativa, apontava que “Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível.” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. In: *Revista de Processo*. n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69)

<sup>152</sup> Mencionando a existência de algumas “zonas de conforto” em que não haveria dúvidas de que os conflitos entre o particular e a Fazenda Pública seriam arbitráveis, Heitor Vitor Mendonça Sica destaca as disputas sobre “o equilíbrio da equação econômico-financeira, a fixação de indenizações por rescisão unilateral dos contratos em geral ou encampação de uma concessão, a solução de disputas envolvendo a reversão de bens ao final da concessão etc. Ou seja, o campo natural da arbitragem é o regime econômico dos contratos administrativos.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09 de julho de 2022)

da “observância das regras procedimentais pactuadas pelos signatários da convenção arbitral ou, subsidiariamente, pelo árbitro, (...)”. Por fim, ressalta ainda o autor a inaplicabilidade, na arbitragem, em favor da Fazenda Pública, das regras processuais relativas à fixação dos honorários sucumbenciais e à isenção do pagamento da taxa judiciária<sup>153</sup>.

No mesmo sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha leciona que “A sentença arbitral proferida contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária. O art. 496 do CPC, que disciplina a remessa necessária, aplica-se apenas ao ambiente do processo judicial, não tendo incidência relativamente ao processo arbitral.”. Sobre as demais prerrogativas da Fazenda Pública, destaca o autor não se aplicarem, em regra na arbitragem. Nesse sentido, aponta: “Não há intimação pessoal, nem prazos em dobro, a não ser que as partes assim prevejam no compromisso ou no termo de arbitragem. Se nada disserem, a regra é o ente público não gozar de suas prerrogativas processuais.”

Em obra específica sobre a Fazenda Pública na arbitragem, Alberto Jonathas Maia destaca que “Não há espaço para imposição de tal prerrogativa da Fazenda no ambiente arbitral. Tudo deve ser estabelecido em condições de igualdade e ponderação.”. Segundo o autor, nada impede que, demonstrada no caso concreto a real necessidade de a Fazenda Pública obter, por exemplo, prazo diferenciado para a produção de alguma prova ou para a prática de determinado ato, lhe seja conferido um tratamento próprio, entretanto, em observância aos parâmetros da “coerência e razoabilidade”, e “sem que se configure sobreposição do ente público em prejuízo do particular” que “enseje qualquer violação ao princípio da igualdade das partes.”<sup>154</sup>.

Reforçando as preocupações com a efetiva igualdade das partes no procedimento arbitral, Marcus Vinicius Armani Alves destaca ser um “fenômeno conhecido e combatido” da comunidade internacional as tentativas de se instituir desequilíbrios nas arbitragens, especialmente quando uma das partes “é um Estado ou governo, sobretudo nas arbitragens de investimento.”. Citando Thomas W. Walde, destaca o autor ser “dever do tribunal arbitral impor a igualdade entre as partes,

---

<sup>153</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09 de julho de 2022.

<sup>154</sup> MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 316-317.

livrando-as de todas essas interferências governamentais.”, mediante uma conduta proativa e que busque a “igualdade material, muito além do mero contraditório, mas com uma igualdade substancial de direito material e processual.”. E conclui, com precisão, “No direito brasileiro o método que vem sendo tentado é o de resguardar prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Pois bem, se hoje existe pouca justificativa para manutenção das prerrogativas processuais da Fazenda no processo estatal, quase nenhum espaço elas encontram na arbitragem.”<sup>155</sup>.

A partir da reconhecida inaplicabilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na arbitragem, uma reflexão importante pode ser extraída: em um processo pautado essencialmente na igualdade das partes, como a arbitragem<sup>156</sup>, não há racional lógico para se considerar a aplicação apriorística de privilégios processuais de uma parte em relação à outra, independentemente da relevância da parte ou da natureza do direito material envolvido. Tratamentos processuais excepcionais devem ser respaldados, como visto, apenas nas particularidades do caso concreto, e oportunizados a ambas as partes – particular e Fazenda Pública.

Tal diagnóstico revela, ainda, como o procedimento arbitral, ancorado em premissas modernas e voltado à celeridade e à efetividade da jurisdição, se distancia de algumas amarras históricas do processo judicial que não se mostram mais, a nosso ver, alinhadas ao atendimento do escopo social da jurisdição, dentre elas as prerrogativas processuais, presentes constante e sucessivamente em nossa ordem jurídica processual.

A não consideração dos privilégios processuais da Fazenda Pública no procedimento arbitral, somada às profundas reflexões vistas em relação às premissas que até então justificavam alguma superioridade apriorística do Estado sobre o particular, coloca em xeque as premissas que ainda buscam sustentar o tratamento diferenciado da Fazenda Pública em juízo – principalmente quando se considera que um mesmo objeto controvertido poderia, em tese, ser discutido tanto em um processo judicial quanto em um procedimento arbitral, porém, a Fazenda Pública teria uma

---

<sup>155</sup> ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na Arbitragem*. São Paulo: Singular, 2019, p. 91-92.

<sup>156</sup> Apesar de a Lei prever, em seu art. 21, que será observado o procedimento arbitral estabelecido pelas próprias partes, o seu parágrafo segundo indicou como, baliza indispensável a este procedimento “os princípios do contraditório, **da igualdade das partes**, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” (grifo nosso)

extensa lista de vantagens processuais somente no primeiro deles<sup>157</sup>. E por certo que a ausência de privilégios processuais em favor da Fazenda Pública no procedimento arbitral não compromete de qualquer forma a sua legalidade e/ou a justiça do seu resultado.

Não bastasse o extenso rol de prerrogativas de natureza processual, que, por si só, possuem o condão de desequilibrar a relação entre os particulares e a Fazenda Pública em juízo, veremos a seguir que a Administração Pública goza ainda de uma outra importante proteção para a prática de seus atos, de direito material, e que possui reflexos diretos na esfera judicial, tornando ainda mais desafiadora a tarefa do particular de litigar contra a Fazenda Pública.

### **3.2 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Não bastassem as inúmeras prerrogativas processuais que conferem à Fazenda Pública uma posição privilegiada em relação ao particular, a Administração Pública conta ainda, no plano material, com a proteção do atributo da presunção de legitimidade e veracidade, que confere aos seus atos a presunção relativa de estarem adequados à lei e de refletirem a verdade dos fatos. Trata-se de característica não prevista em lei, mas que, na visão da doutrina administrativista tradicional, decorre, essencialmente, da mesma expressão da soberania do Estado, já vista, e da necessidade de atuação célere com vistas a privilegiar a proteção do interesse público e da alegada supremacia deste sobre o particular.

Refletindo essa posição, José dos Santos Carvalho Filho leciona que:

Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípuo, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura da legitimidade, permitindo-se que a todo

---

<sup>157</sup> Sobre a necessidade de motivação adequada da escolha da arbitragem pela Administração Pública, e os elementos que devem ser considerados para tal, ver: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 12, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159.

momento sofresse algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo, é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei.<sup>158</sup>

Odete Medauar se refere a este atributo como “*presunção de legalidade*”<sup>159</sup>, visto a sua abrangência e importância para as atividades do Estado. Hely Lopes Meirelles, na mesma linha, sustenta que a presunção de legitimidade dos atos administrativos decorre do princípio da legalidade da Administração (art. 37, CF), e que “responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só então dar-lhes execução.”<sup>160</sup>.

Aponta ainda o autor que a presunção não seria apenas de legitimidade (adequação à lei), mas que o ato administrativo também guardaria o atributo da presunção de veracidade, que “refere-se aos *factos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário.”<sup>161</sup>. Por isso, a presunção de veracidade do ato justificaria, na visão do autor, a transferência do ônus da prova para quem alegar a “arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo”, cabendo ao impugnante “a prova do defeito apontado”<sup>162</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na mesma linha, sustenta que “a presunção de veracidade inverte o ônus da prova”, porém, ao reconhecer os fundamentos trazidos pela corrente doutrinária que não se alinha a esse efeito, pondera no sentido de que essa inversão não é absoluta, não isentando à Administração de trazer aos autos elementos para “provar a sua verdade”. Nas palavras da autora:

“[N]ão falta parcela de razão a esses autores; inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-

---

<sup>158</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

<sup>159</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176.

<sup>160</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

<sup>161</sup> Idem.

<sup>162</sup> Idem

se, também, o ônus da prova, porém não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz.”<sup>163-164</sup>.

Ainda em relação aos efeitos da presunção de legitimidade do ato administrativo sobre o ônus da prova, Celso Antônio Bandeira de Mello possui entendimento distinto, ao apontar que “dita presunção só existe até serem questionados em juízo.”. Fazendo ainda referência às lições de Ney José de Freitas<sup>165</sup>, aponta o autor que “a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova.”<sup>166</sup>.

Alinhado a essa corrente, Diógenes Gasparini aponta que a inversão do ônus da prova ocorre em favor da Administração Pública salvo quando o ato é “posto em dúvida em dúvida perante o Judiciário ou o Tribunal de Contas. Nesse sentido, prescreve o art. 113 do Estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos, no que respeita ao controle pelo Tribunal de Contas dos atos de despesa da Administração Pública.”<sup>167</sup>.

Visto como parte da doutrina administrativista repisa a existência e a relevância da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, inclusive

---

<sup>163</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 242.

<sup>164</sup> Fazendo referência à doutrina que aponta a inversão do ônus da prova como efeito da presunção de legitimidade dos atos administrativos, Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Peixoto propõem uma correção conceitual, com a qual concordamos, sob a justificativa de que “quando há presunção ocorre apenas a variação dos fatos que requerem prova. O beneficiado por uma presunção não se encontra isento de atividade probatória, não havendo modificação do ônus da prova, justamente porque a sua incumbência será a de provar os pressupostos fáticos que façam atuar a presunção. Do contrário, caso não se desincumbia desse ônus probatório, a presunção não será aplicada. Não há inversão do ônus da prova. O que se tem é a incidência de uma presunção legal relativa em que a fazenda pública ainda precisará demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais de constituição do fato-base da presunção para que ela possa incidir. Além do mais, seria ilógica a alegação de inversão do ônus da prova quando o ente público seja réu. O autor da pretensão já possui o ônus primário de provar o fato constitutivo do seu direito, que seria exatamente a demonstração do defeito apto a gerar a anulação do ato administrativo.”. (MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.* p. 222).

<sup>165</sup> FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo – Presunção de validade e a questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 142.

<sup>166</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35 ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 342.

<sup>167</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

com efeitos sobre a alocação do ônus probatório nas demandas que buscam impugná-lo, e não obstante posições relevantes em sentido distinto, importante observar que o Código de Processo Civil de 2015, em alguma medida, também reflete a existência deste atributo ao conferir, por exemplo, através do art. 405, força probante diferenciada aos documentos produzidos pela Administração Pública, quando comparados àqueles produzidos pelo particular<sup>168</sup>.

Todo esse contexto doutrinário e processual que envolve o trato diferenciado dos atos proferidos pela Administração Pública torna, na prática, ainda mais hercúlea a tarefa do particular de litigar contra a Fazenda Pública em juízo. O atributo da presunção de legitimidade dos atos administrativos, pelas bases conceituais em que foi concebido, exerce uma influência significativa em favor da Fazenda Pública em juízo, demandando do particular a produção de um conjunto probatório ainda mais robusto em relação àquele que seria exigido em um litígio entre particulares – o que muitas vezes constitui uma barreira intransponível e torna as pretensões do particular fadadas ao insucesso. É como se, efetivamente, a palavra da Fazenda Pública valesse mais do que a do particular, independentemente da profundidade dos fundamentos (ou mesmo da existência deles) e da motivação apresentada pela Administração Pública quando da edição do ato, posteriormente impugnado em juízo.

Tal fato se reflete com alguma frequência nas demandas propostas pelo particular tendo como pretensão o reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo. Comuns as decisões de mérito que se limitam a afirmar que as provas carreadas aos autos não foram suficientes para elidir a presunção de legitimidade dos atos administrativos, ou mesmo que optam pela deferência ao juízo discricionário da Fazenda Pública, ainda que esta não tenha trazido minimamente aos autos provas dos pressupostos fáticos que fundamentam o ato questionado – ponto a ser enfrentado na sequência deste trabalho.

Este cenário se mostra ainda mais desafiador quando o particular impugna judicialmente atos dotados de alguma natureza técnica, proferidos, por exemplo, por Agências Reguladoras, autarquias ou órgãos ambientais. Ou seja, se não se tratar de

---

<sup>168</sup> Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

uma ilegalidade flagrante ou for possível reunir um conjunto probatório praticamente incontestável, as chances de êxito do particular, nos arriscamos a dizer, serão bastante remotas em uma demanda contra a Fazenda Pública. Sem embargo de se tratar de uma presunção que admite prova em contrário, a reflexão que se pretende aqui provocar é justamente a medida da dificuldade de se produzir esta prova em contrário, e que seja considerada suficiente para elidir a força da presunção de legitimidade e veracidade atribuída aos atos proferidos pela Administração Pública.

O tema guarda íntima relação com a discussão existente na doutrina administrativista moderna que propõe uma releitura do instituto do ato administrativo, visto até aqui como uma expressão de autoridade da Administração Pública sobre o particular, ou “administrado”, cujo papel, sob a ótica da doutrina tradicional, seria de espectador e quase subserviência em relação ao Estado – ótica que fundamenta, também, o princípio da supremacia do interesse público, visto acima.

Com a clareza que lhe é peculiar, Floriano de Azevedo Marques Neto, em posição com a qual concordamos, atribui como característica do ato administrativo como conhecido atualmente, “um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social e econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e a sociedade que, em última instância, são os destinatários e razão de ser da prática destes atos.”, o que conceituou como “*ato administrativo autista*” – e cuja construção “entra em choque com desafios contemporâneos.”<sup>169</sup>.

Dentre as características do ato administrativo que, segundo o autor, guardam maior conexão com o mencionado distanciamento da realidade e dos administrados, estão os atributos da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade, que partiriam de um contexto conflituoso do particular com a Administração Pública. Em relação à presunção de legitimidade e veracidade, especificamente, sustenta Floriano de Azevedo Marques Neto que:

Parte da doutrina, com exceções dignas de nota, entende que tal presunção se alonga até mesmo quando questionado o ato em juízo,

---

<sup>169</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89 a 113.



ensejando um ônus para o administrado demonstrar que os fundamentos invocados para a prática do ato não estão presentes. Note-se que tal presunção é a manifestação pura do caráter autista do ato administrativo na medida em que ela prolonga a imunidade do questionamento dos pressupostos de edição do ato para além de sua edição, tornando-o indiferente ao questionamento do interessado, mesmo em sede de questionamento judicial: invocada a jurisdição, a Administração não teria desde logo que explicar seus pressupostos, expondo-os ao escrutínio da autoridade judicial, só o fazendo se o interessado lograsse demonstrar falseamento destes tais pressupostos, ainda que isso implique na *improvável prova negativa de fato ou ato*. Toda esta construção do paradigma maduro de direito administrativo aponta para um ato administrativo autista que entra em choque com desafios contemporâneos.”<sup>170</sup>

O autor aponta, como uma das propostas para impulsionar este novo eixo epistemológico do ato administrativo pautado no equilíbrio de tratamento e das expectativas do administrado, a necessidade de um “*controle ampliado da Administração Pública*”, no “âmbito do controle judicial, legislativo ou de contas”, de modo que o ato administrativo seja obrigado a perder seu “caráter isolado e autossuficiente, adotando um viés mais responsivo” para com a sociedade.

Apresentando reflexões que vão no mesmo sentido de se questionar as bases sobre as quais estão estruturados os atributos dos atos administrativos e seus impactos concretos sobre os administrados, Vitor Rhein Schirato<sup>171</sup> afirma que o direito administrativo “ainda permanece preso, segundo a concepção de diversos doutrinadores – muito intensamente refletida na jurisprudência –, a valores criados em um tempo em que não era positivado, que muito mais favorecem ao Estado do que aos cidadãos.”, e, por isso, propõe “repensar a efetiva utilidade dos atributos dos atos administrativos, pois, como se viu, a criação e o desenvolvimento de referidos tributos parte de pressupostos superados, demandando alguma reflexão.”. Sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos, destaca o autor:

“[P]arece-nos necessário o abandono da *presunção de legitimidade* como atributo dos atos administrativos. Em primeiro lugar, porque

---

<sup>170</sup> MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. *Op. cit.*

<sup>171</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 115 a 142.

todos os atos jurídicos são relativamente presumidos legítimos. Em segundo lugar, porque, em um contexto de ato administrativo considerado resultado de um processo administrativo, não há legitimidade ou veracidade que possam ser presumidas, posto que estas têm que decorrer dos elementos colhidos e produzidos ao longo do respectivo processo, com integral respeito aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Segundo nos parece, os contornos que a doutrina mais tradicional e, muitas vezes, também a jurisprudência impingiram à presunção de legitimidade levam à construção de uma administração altamente autoritária, que pode agir sem justificar seus atos e sem observar direitos absolutamente comezinhos dos cidadãos.”

E conclui:

“A identificação dos atributos cumpriu seu papel em um dado momento histórico, mas é chegado o tempo de mudar as concepções. Atualmente, insistir na ideia de atributo nos parece uma tentativa de simplificar e reduzir o direito administrativo. Além disso, confere à administração pública e até mesmo aos seus controladores chaves gerais que não raro limitam e reduzem as garantias mais comezinhos atribuídas aos cidadãos, na medida em que são calcadas no viés autoritário e plenipotenciário da administração pública, que não está mais assentada no direito positivo.”

A partir dessa proposta moderna de evolução no tratamento do ato administrativo, pode-se perceber que muito do mencionado comportamento do Poder Judiciário observado nas demandas que envolvam a Fazenda Pública também é reflexo – para não dizer, resquício – dessa forma de se compreender os atos proferidos pela Administração Pública, pautado numa perspectiva de superioridade em relação ao particular. Sob a ótica processualista, o tema já foi objeto de reflexões por Leonardo Greco, que apontou existir um conflito deste atributo do ato administrativo e o Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, no Estado Democrático de Direito contemporâneo não deveria mais prevalecer, ao menos com a mesma força, a presunção de legalidade e de veracidade dos atos da Administração Pública, na medida em que esta deveria justificar aos destinatários dos seus atos os elementos que fundamentaram a sua edição. E conclui, “O Estado contemporâneo é aquele que se justifica, que tem o dever de apresentar as provas concretos dos fatos afirmados pelos seus agentes, sob pena de sujeitar os cidadãos ao mais completo arbítrio.”<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> GRECO, Leonardo. Ob. cit. p. 24.

Em outro trabalho, ao tratar das provas produzidas por funcionários públicos, o autor reforça que “Não é mais possível tratar o funcionalismo público como uma casta, cuja palavra vale mais do que a de qualquer outro homem de bem, sob pena de sucumbirem todas as liberdades públicas e a dignidade humana dos cidadãos no mais cego autoritarismo.”<sup>173</sup>.

Diante do desequilíbrio entre o tratamento da Fazenda Pública e do particular, Fernando Gama de Miranda Netto chega a propor que “as prerrogativas do Poder Público em juízo, em especial, a presunção de legalidade de seus atos, devem ser afastadas, não só porque violam a isonomia processual, mas também por criarem um obstáculo garantístico à tutela efetiva dos direitos fundamentais.”<sup>174</sup>. E prossegue “É hora de reconhecer, portanto, o fim do *modelo autoritário de presunção de legitimidade do ato administrativo* que deve ceder lugar ao *modelo garantista de ato administrativo*, subordinado ao comando constitucional”<sup>175</sup>

Apesar de concordarmos com a premissa de que a observância estrita da presunção de legitimidade do ato administrativo, estando desvinculada de uma visão atualizada da relação entre Administração Pública e os particulares, é passível de aprofundar o desequilíbrio entre as partes no processo judicial, violando a isonomia e minando as chances de êxito do particular quando em litígio contra a Fazenda Pública, não é objetivo do presente trabalho propor que se desconsidere a presunção de legitimidade dos atos administrativos nas demandas judiciais.

Veremos na sequência deste trabalho que o problema apontado, a nosso ver, pode ser corrigido – ou, no mínimo, significativamente mitigado – mediante o tratamento adequado das regras de alocação do ônus da prova nas demandas que envolvam a Fazenda Pública, inclusive sem que para isso seja necessária qualquer alteração legislativa. Não apontaremos, assim, se tratar o referido atributo de hipótese

---

<sup>173</sup> GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*. n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50-41.

<sup>174</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Op. cit.* p. 115.

<sup>175</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Op. cit.* p. 118.

de ilegalidade ou inconstitucionalidade no tratamento até aqui conferido à Administração Pública em juízo.

Mas precisamos evoluir o pensamento e superar premissas que não mais parecem se alinhar ao ordenamento jurídico e à expectativa do resultado da prestação jurisdicional, colocando assim o particular em posição de igualdade substancial em relação à Fazenda Pública quando litigantes em juízo.

## **CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO PARCIAL: O DESEQUILÍBRIO ENTRE O PARTICULAR E A FAZENDA PÚBLICA**

Vimos que o ordenamento jurídico brasileiro confere à Administração Pública tratamento diferenciado em relação ao particular, o que não se trata de uma particularidade do CPC/15 ou de posições doutrinária isoladas, mas sim de um reflexo da forma como o Estado historicamente se relaciona com os seus cidadãos – ou “administrados”. No plano processual, esse reflexo dá origem às denominadas prerrogativas processuais, que constituem excessivas vantagens outorgadas à Fazenda Pública no curso de todo o processo, e que, sob a justificativa de promover a igualdade substancial entre as partes, acabam, a nosso ver, por colocar o particular em posição de desequilíbrio, extrapolam os limites da isonomia e estimulam a adoção, pela Fazenda Pública, de comportamentos não cooperativos e distantes dos objetivos do processo contemporâneo – o que serve ainda como mola propulsora para a excessiva litigiosidade observada em nossos Tribunais.

No direito material, da mesma forma, a alegada supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a ideia de uma atuação da Administração Pública pautada em uma premissa quase que intocável de superioridade do Estado justificaram a criação, pela doutrina administrativista tradicional, do atributo da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, que poderia ser resumido na ideia de que todos os atos praticados pela Administração Pública nascem presumivelmente legais e de acordo com a verdade dos fatos, cabendo ao particular o ônus de provar o contrário. Esse ônus, como visto, é atribuído ao particular como regra geral independentemente de sua facilidade, ou mesmo capacidade, de produzir o conjunto probatório necessário.

Quando vistas isoladamente, acreditamos que algumas proteções em favor da Fazenda Pública possam, em alguma medida, se justificar, e até contribuir para o exercício das atividades cotidianas do Estado. Entretanto, quando exacerbadas – o que, entendemos, ser o caso –, e, principalmente, quando analisadas conjuntamente, nos parece razoável perceber que as proteções conferidas à Fazenda Pública, quando em juízo, a colocam em uma posição privilegiada em relação ao particular. Como reflexo desta proteção exagerada e da violação à isonomia, a tarefa do particular que litiga em juízo contra a Fazenda Pública se torna severamente desafiadora, quando não impossível de ser cumprida com êxito.

Não bastasse a criticidade desse cenário constituído de proteções elásticas em favor da Fazenda Pública, de direito processual e material, entendemos que a regra geral da distribuição estática do ônus da prova se mostra mais um fator contributivo para o desequilíbrio apontado, ao atribuir ao particular o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito nas demandas movidas contra a Fazenda Pública, independentemente das particularidades do caso concreto – incluindo a verificação se o particular sequer teve acesso ao conteúdo probatório necessário ao melhor julgamento de mérito da causa, que tenha sido, por exemplo, produzido pela própria Administração Pública para justificar a edição do ato impugnado. A regra estática do ônus da prova, vista sob essa perspectiva, serve como mais um potencial fator de agravamento do desequilíbrio de forças entre a Fazenda Pública e o particular, cenário que, entendemos, pode caracterizar uma manifesta violação à garantia da paridade de tratamento das partes quanto ao exercício de seus direitos e meios de defesa, norma fundamental do processo civil, fixada no art. 7º, do CPC.

Não são raras as hipóteses em que, por força da regra geral da distribuição do ônus da prova, cabe ao particular, como autor de uma demanda movida contra a Fazenda Pública, a incumbência de produzir uma prova excessivamente difícil, quando esta depender, por exemplo, de uma confrontação com elementos fáticos produzidos pela própria Administração como motivação para a edição do ato administrativo impugnado; ou mesmo ter que produzir a prova de um fato negativo – por exemplo, que não praticou determinada conduta infracional que lhe foi imputada pela Administração Pública desacompanhada de provas. Nesses casos, diante de um improvável sucesso do particular no levantamento do conjunto probatório adequado, e mesmo a Fazenda

Pública não tendo carreado aos autos qualquer prova para justificar a edição do seu ato, o resultado da ação tenderá a ser um só: a improcedência.

Apesar disso, e, como já dito, não é objetivo deste trabalho propor a flexibilização das prerrogativas processuais já positivadas no Código de Processo Civil, ou mesmo a desconsideração do atributo da presunção de legitimidade do ato administrativo, mas sim que o desequilíbrio constatado entre a Fazenda Pública e o particular seja substancialmente mitigado, quando não eliminado, por meio de uma alocação mais racional do ônus da prova, que considere as particularidades do caso concreto e a posição privilegiada da Fazenda Pública para produzir as provas necessárias ao correto deslinde da causa, quando for o caso, tendo sempre como objetivo a busca pelo julgamento de mérito justo e efetivo pautado na igualdade substancial das partes, e, essencialmente, na verdade dos fatos.

Fixadas as principais premissas deste trabalho, veremos nos capítulos seguintes como o instituto da dinamização do ônus prova, positivado no art. 373, §1º, do CPC, pode ser utilizado como instrumento para a promoção do reequilíbrio de forças nas posições processuais da Fazenda Pública e do particular, passando ainda pelas propostas de fixação de parâmetros para sua observância e pelas principais hipóteses aventadas de sua aplicação.

**PARTE III**  
**O REEQUILÍBRIO PROCESSUAL**

## CAPÍTULO 5. A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A FAZENDA PÚBLICA

Vimos no decorrer desse trabalho como a Fazenda Pública se apresenta em posição de superioridade em relação ao particular quando em juízo, como resultado de um sistema jurídico que lhe outorga privilégios de natureza processual e material. Tal premissa é ainda agravada pela regra geral de distribuição estática do ônus da prova, que, além de se mostrar muitas vezes insuficiente para a obtenção do melhor conjunto fático-probatório, atribui ao particular, quando autor da ação, o ônus de provar a antijuridicidade do ato proferido pela Administração, independentemente da sua maior facilidade ou mesmo possibilidade de fazê-lo.

Não obstante a existência de um desequilíbrio prévio de forças em prol da Fazenda Pública – e reiterando não ser o objetivo desse trabalho propor uma revisão dos institutos que (ao menos, em tese) o fundamentam –, importante enxergarmos o problema aqui colocado sob um ângulo que não nos leve a crer que prerrogativas e presunções a favor da Fazenda Pública coloquem o ente público em uma posição de inércia probatória. Os privilégios a favor da Fazenda Pública, apesar de existentes e reconhecidos na ordem processual, devem ser tratados com parcimônia, sopesando-se os interesses envolvidos e, sobretudo, a capacidade de cada uma das partes de produzir o melhor conjunto probatório sobre os pressupostos fáticos envolvidos na controvérsia.

O ente público deve possuir como vetor de sua atuação o dever de cooperar na produção da prova relevante para o melhor julgamento de mérito, especialmente quando necessária para justificar o ato impugnado pelo particular. Corroborando essa premissa, nota-se que a Lei nº. 9.784/99 atribuiu à Fazenda Pública responsabilidade específica sobre a instrução probatória do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao determinar, nos seus arts. 36 e 37, que caberá ao interessado provar os fatos que tenha alegado, “sem prejuízo do **dever** atribuído ao órgão competente **para a instrução** e do disposto no art. 37 desta Lei.” (grifo nosso).

Em que pese se tratar de regra de atuação positivada com aplicação própria para processos administrativos, não haveria motivo razoável, a nosso ver, para se defender uma suposta restrição dessa postura colaborativa do ente público ao ambiente extrajudicial. Entendemos, inclusive, já ser possível extrairmos do ordenamento



processual civil vigente as diretrizes necessárias para que se exija da Fazenda Pública, também no processo judicial, o mesmo comprometimento com a instrução probatória, observadas, para isso, as regras processuais positivadas que estruturam as bases do modelo de processo cooperativo.

Entretanto, para lidar com tamanho desequilíbrio entre o particular e a Fazenda Pública, nos parece que o sistema processual precisava ir além, disponibilizando ao juiz instrumento que lhe atribuísse o poder de influenciar decisivamente a conduta instrutória das partes, gerando efeitos diretos sobre a qualidade do conjunto probatório produzido e, também, sobre os riscos atribuídos às partes em caso de sua não produção. E esse anseio nos parece atendido através da positivação da dinamização do ônus da prova, no art. 373, §1º, do CPC<sup>176</sup>.

Isto porque, ao tratar da alocação do ônus da prova considerando as particularidades do caso concreto e a maior facilidade de uma das partes de produzir o conjunto probatório (ou parte dele), o instituto admite que, mesmo nas hipóteses em que a Fazenda Pública for a ré na demanda, o juiz, entendendo presentes os requisitos autorizadores, poderá alocar sobre ela o ônus de provar os fatos sobre os quais ocorrerá a análise de mérito que decidirá pela juridicidade ou não do ato administrativo praticado. Essa possibilidade, a nosso ver, se revela fundamental para o reequilíbrio da relação processual e deve ser explorada pelos sujeitos processuais.

Vale dizer que essa não é uma hipótese excepcional. A superioridade probatória da Fazenda Pública sobre o particular é uma ocorrência relativamente comum de ser observada e parte até mesmo da natureza e dinâmica do funcionamento da Administração Pública. Isso porque, os atos administrativos devem estar respaldados em elementos que sustentem a sua legalidade, dentre os quais a motivação<sup>177</sup>, que deve ser “explícita, clara e congruente”, conforme exigido no art. 50, §1º, da Lei nº. 9.784/99, especialmente, a nosso ver, quando “neguem, limitem ou afetem direitos ou

---

<sup>176</sup> Fernando Gama de Miranda Netto, em obra já citada, defende que as partes, além do direito de se defender provando, possuem também o “direito ao ônus da prova justo”, como instrumento de adequação das “situações de direito material deduzidas em juízo.” (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Op. cit.* p. 168)

<sup>177</sup> Ao tratar da distinção entre motivo e motivação, José dos Santos Carvalho Filho propõe o abandono dessa discussão, comum na doutrina administrativista, para “considerar-se como indispensável a justificativa do ato, seja qual for a denominação que se empregue.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 106)

interesses” (art. 50, I, da referida Lei). Logo, imprescindível que a Administração Pública exponha e comprove os elementos fáticos que ensejaram a edição de determinado ato – premissa que se aplica tanto para os atos vinculados como para os discricionários.

Nesse contexto, e como forma de atender a lei e preservar a integridade dos seus atos, principalmente aqueles que afetem de alguma forma os interesses de terceiros, esperado que a Administração Pública pratique atos internos e/ou preparatórios que comporão a motivação (ou justificativa) do ato final. A atividade preparatória, além de contribuir para o atendimento do requisito legal da motivação, ainda contribui para a defesa do próprio agente público contra eventuais acusações de prática de atos pautados em abuso de autoridade ou outras ilegalidades. Trata-se, portanto, de uma etapa fundamental dentro do processo de formação do ato administrativo, que beneficia a Administração Pública, seus agentes, os particulares<sup>178</sup> e a própria qualidade do ato exarado ao final.

O ato administrativo deve ser visto, portanto, como o resultado de uma pluralidade de atos anteriores produzidos no contexto de sua formação, que são indissociáveis do ato externado pela Administração Pública<sup>179</sup>. E, via de regra, são justamente esses atos preparatórios, que, invariavelmente, envolvem o registro de fatos que passam a integrar o conjunto probatório que a Fazenda Pública dispõe para defender a legalidade dos seus atos administrativos quando estes são questionados pelo particular, em juízo e fora dele.

Por sua vez, e diante da relevância – e até mesmo necessidade – de os atos administrativos estarem ancorados em atos preparatórios, devidamente registrados, e que traduzam a motivação da Administração Pública ao proferir os seus atos, não seria razoável imaginar que, na hipótese de instauração de litígio judicial para se discutir a legalidade desse ato, coubesse unicamente ao particular o ônus de provar que aquele ato

---

<sup>178</sup> Não por outra razão, destacamos que a Lei nº. 9.784/99, por meio de seu art. 2º, estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros princípios, a legalidade, a motivação, o interesse público e a segurança jurídica.

<sup>179</sup> Reconhecendo a importância de se enxergar o ato administrativo sob esse ângulo, Marçal Justen Filho aponta que “é necessário estudar o ato administrativo, mas é indispensável reconhecer que a configuração de cada ato, isoladamente considerado, é condicionada pela pluralidade de atuações administrativas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 137).

e/ou a sua respectiva motivação estariam em desconformidade com a lei. Além de desarrazoada sob a ótica do próprio processo de formação do ato administrativo, comentado acima, esta hipótese, somada ao elemento da presunção de legitimidade e veracidade deste ato, é passível de colocar o particular em posição extremamente desvantajosa, e muitas vezes impossível de ser superada.

O instituto da dinamização do ônus da prova, nesse contexto, além da sua pertinência e possibilidade de aplicação em todo tipo de demanda, desde que preenchidos os seus requisitos, possui papel ainda mais destacado nas demandas envolvendo particulares e a Fazenda Pública, como instrumento de correção de um desequilíbrio natural de forças, e que pode colocar o particular em posição menos desvantajosa, garantindo que serão disponibilizados ao juiz os elementos de prova necessários para o adequado deslinde da controvérsia.

Entretanto, e reiterando o cuidado com que este trabalho se apresenta – em especial, para que a sua proposta não seja entendida como uma tentativa de se inverter os polos do desequilíbrio aqui colocado como premissa – necessário se faz apontarmos alguns elementos que, a nosso ver, quando presentes, colocam o particular em condição ainda mais vulnerável em relação à Fazenda Pública, e, por isso, demandam ainda mais a atenção dos atores processuais acerca da necessidade de utilização da dinamização do ônus da prova como forma de se buscar um processo mais justo e equilibrado.

## **CAPÍTULO 6. BALIZAS DE APLICAÇÃO**

É de conhecimento comum que a Fazenda Pública é a maior litigante do país, seja nos níveis federal, estadual ou municipal, como autora ou como ré. Essa presença maciça da Administração Pública nos Tribunais, além de trazer impactos diretos para o bom funcionamento da máquina judiciária, acaba por demandar a atuação do legislador e dos atores da ciência e da prática processuais para a criação de mecanismos de adequação do sistema judicial à essa realidade<sup>180</sup>, e que passam, por exemplo, desde

---

<sup>180</sup> Sobre o tema, remetemos o leitor ao Capítulo III deste trabalho, quando fizemos referência ao conceito de “Direito Processual Público”, já difundido e tratado na doutrina, e que tem obra de destaque organizada pelos Professores Cassio Scarpinella Bueno e Carlos Ari Sundfeld, que o define como “a parte do Direito Processual que regula os processos judiciais que tenham ou como objeto o Direito Público ou

ajustes na organização administrativa dos Tribunais, à criação de regras de direito material e processual.

Nesse contexto, e considerando todas as premissas até aqui colocadas neste trabalho, especialmente o desequilíbrio das posições do particular e da Fazenda Pública em juízo, as regras sobre a alocação do ônus da prova ganham papel de destaque. Apesar disso, e diante da pluralidade de situações em que a Administração Pública litiga em juízo, não se propõe aqui a criação de uma regra única de alocação do ônus da prova, a se aplicar indistintamente a toda e qualquer demanda envolvendo a Fazenda Pública e o particular, sob pena de se incorrer no risco de resultar na inversão dos polos do desequilíbrio que se quer justamente combater.

Não se trata, portanto, de se cogitar que o particular deva estar sempre em posição vantajosa sob a ótica da alocação do ônus da prova, independentemente das particularidades do caso concreto, tampouco que a proposta seja lida como qualquer espécie de revanchismo do particular frente a Fazenda Pública – que, diga-se, continuará com a sua posição privilegiada em relação aos demais aspectos até aqui já abordados. O objetivo essencial deste trabalho, reitera-se, é o de alertar para a premissa da existência de um desequilíbrio natural entre o particular e a Fazenda Pública em juízo, e, a partir do adequado manejo de um instituto já positivado em nosso ordenamento processual, e sem a necessidade de qualquer alteração legislativa adicional, propor balizas para a sua aplicação que resultem, na prática, em alguma medida de reequilíbrio das posições processuais.

Considerando justamente a pluralidade de situações em que a Administração Pública se coloca em juízo, e tendo sempre como premissa buscar uma melhor posição de equilíbrio e isonomia das partes na demanda, proporemos a seguir algumas balizas que, na nossa visão, poderão servir como um guia para que os sujeitos processuais, especialmente o juiz, possam identificar a maior necessidade de utilização da dinamização do ônus da prova no caso concreto.

Vale dizer que não se propõe aqui que o instituto seja aplicado somente quando todas as balizas sugeridas puderem ser identificadas na demanda. Trata-se, na

verdade, de elementos que, a nosso ver, demandam uma atenção maior do juiz e das partes, e que, ainda que presentes isoladamente, podem perfeitamente justificar a dinamização do ônus da prova. Porém, por certo que, quanto mais balizas estiverem presentes, maior entendemos se tratar da necessidade de alocação do ônus da prova de maneira distinta daquela proposta pela regra geral prevista no ordenamento processual.

Fixadas estas balizas, que podem ser compreendidas também como uma proposta de criação de uma regra geral para a utilização do referido instituto nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, veremos no capítulo seguinte, de maneira exemplificativa, e sem a pretensão de esgotar a matéria, algumas hipóteses de sua aplicação, que considerem situações específicas envolvendo o direito material discutido.

## 6.1. A FAZENDA PÚBLICA COMO RÉ

Não são novos na ciência jurídica os desafios envolvendo o controle judicial dos atos proferidos pela Administração Pública. Em ótima síntese da questão, Carlos Ari Sunfeld afirma que “o nosso problema é o de encontrar o perfeito equilíbrio entre Estado de Direito e Estado Democrático.”<sup>181</sup>. Dentro dessa lógica, que, diga-se, vai muito além do recorte metodológico proposto neste trabalho, podemos extrair que a dificuldade de se litigar contra a Fazenda Pública se inicia já na própria discussão acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário em relação aos atos da Administração Pública, especialmente aqueles que possuam alguma natureza política e/ou que derivem de alguma forma do exercício da sua discricionariedade<sup>182</sup>. Superada essa etapa, por

---

<sup>181</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Direito Processual Público: o Direito Processual e o Direito Administrativo, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*. BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000. Em artigo publicado na mesma obra, Carlos Alberto de Salles faz interessante análise do papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, mediante o julgamento das ações coletivas, para, partindo da premissa de existir um “*processo civil de interesse público*”, concluir que o processo judicial, “em algumas circunstâncias, mostra-se como a instituição mais apta para decidir sobre o interesse público em determinadas situações, notadamente naquelas nas quais, por falhas de outros processos decisórios envolvidos, ocorra uma desconsideração daqueles parâmetros básicos de sua formação.” (SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de interesse público, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*. BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.)

<sup>182</sup> O tema tem sido extensamente debatido nos últimos anos, tanto na doutrina processual como na administrativista. Para fins de ilustração, remetemos o leitor aos trabalhos dos Professores Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos da*

certo que os desafios não param por aí, e podem ser, em maior ou menor medida, identificados em todas as etapas do processo, incluindo a fase de instrução probatória.

Dito isso, como primeiro parâmetro que, entendemos, reforça a necessidade de aplicação da dinamização do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, apontamos as hipóteses em que esta figurar como ré nas ações movidas pelos particulares. Isto porque, é exatamente nessa posição processual em que o desequilíbrio apontado ao longo deste trabalho nos parece mais acentuado, visto que, pela aplicação da regra geral do ônus da prova (art. 373, I, do CPC), caberá ao particular o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. E essa regra geral, como já analisado até aqui, não considera as particularidades do caso concreto, incluindo a análise se o particular se encontra ou não nas melhores condições de atender ao encargo probatório para a formação da convicção do juiz – ou mesmo se detém o acesso aos elementos de prova necessários.

Nessa situação, e ainda tendo o particular que enfrentar a presunção de legitimidade do ato administrativo sobre o qual a demanda se insurge, a relação de desequilíbrio entre as partes fica, a nosso ver, ainda mais evidente, o que reflete em uma redução acentuada da probabilidade de êxito da demanda. Nesses casos, o ônus da prova, ao invés de efetivamente contribuir para a análise dos fatos alegados pelo autor e para a melhor qualidade (e porque não dizer, justiça) da decisão de mérito, acaba exercendo, por meio do seu aspecto objetivo, papel frustrante para a devida resolução da controvérsia.

Novamente, não se propõe aqui que em toda e qualquer demanda em que a Fazenda Pública figure no polo passivo recaia sobre ela o ônus da prova, mas sim que se crie um sinal de alerta para que, nessas hipóteses, e somadas às demais balizas que se proporá na sequência, seja feita uma análise detida sobre as possibilidades de cada uma das partes de carrear aos autos os melhores elementos de prova. Reforçando a relevância da baliza aqui fixada, não podemos deixar de fazer referência às Leis nºs. 10.259/01 e 12.153/09, que instituem, respectivamente, os Juizados Especiais Cíveis Federais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública nos Estados, Distrito Federal e

---

*Administração*. São Paulo: RT, 1980) e Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000).

Municípios, e que preveem, de maneira similar, que a entidade pública ré deverá fornecer ao juiz a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa<sup>183</sup>.

Não se trata, tecnicamente, a nosso ver, de uma inversão do ônus da prova, mas sim de um comando pautado em obrigação de fazer em face da Fazenda Pública para que esta produza o conjunto probatório de que disponha para o “esclarecimento da causa”, mesmo que contrariamente aos seus interesses. Os referidos dispositivos revelam, assim, a preocupação do legislador com o esclarecimento dos fatos e a busca pela verdade quando a Fazenda Pública ocupar o polo passivo<sup>184</sup>.

Considerando que o CPC/15 não trouxe este conteúdo direcionado à Fazenda Pública, tendo tratado os entes públicos e os particulares exatamente da mesma forma no tocante ao ônus probatório, nos parece relevante o emprego da dinamização do ônus da prova como forma de se buscar o maior esclarecimento dos fatos, e, por

---

<sup>183</sup> Lei nº. 10.259/01:

(...)

Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Lei nº. 12.153/09:

(...)

Art. 9º. A entidade ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

<sup>184</sup> Alexandre Freitas Câmara, ao analisar os dispositivos das Leis nºs. 10.259/01 e 12.153/09 e o contexto de prerrogativas processuais no qual a Fazenda Pública está inserido, aponta que “Pela primeira vez, porém, o direito brasileiro se dá conta de que a Fazenda Pública merece, em alguma medida, tratamento diferenciado não só para favorecê-la, mas também para favorecer o administrado.”. E prossegue, “Ora, se o Estado tem de atuar com base no princípio da legalidade, não pode ele, tendo os documentos que demonstram que a vontade da lei é favorável ao administrado, deixar de apresentar tais documentos em juízo, sob o argumento de que o ônus dessa prova é do adversário. Agindo assim o Estado acaba por buscar um resultado processual que não está de acordo com a vontade do Direito e, por conta disso, viola-se o princípio da legalidade.”. Com relação à sanção a que estaria submetida a Fazenda Pública em caso de não cumprimento do dever probatório instituído pela Lei, aponta o autor que deveria ser considerada, nessa hipótese, provada a veracidade dos fatos apontados pelo autor. Ainda, segundo Alexandre Câmara, poder-se-ia considerar a litigância de má-fé da Fazenda Pública, “uma vez que a demandada estará, nesse caso, tentando valer-se das regras de distribuição do ônus da prova para conseguir resultado que contraria vontade da lei.”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 235.). Em sentido contrário, Oscar Valente Cardoso entende se tratar de regra que deve ser interpretada como inversão do ônus da prova, mas “sim de poder instrutório do juiz, como destinatário das provas juntamente com o processo.”. Especificamente sobre o art. 11, da Lei nº. 10.259/2001, compreende ser “um dever de colaboração do réu com a instrução probatória, de forma semelhante a outros dispositivos do CPC”, na medida em que eventual entendimento em contrário “acarretaria em um dever do réu de produzir prova contra si próprio, ou seja, de instruir o pedido em favor da parte adversa.” (CARDOSO, Oscar Valente. O Ônus da Prova nos Juizados Especiais Federais Cíveis, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, n.64, São Paulo: Ed. Dialética, 2008, p. 75 e 76.).

consequência, a obtenção de uma decisão de mérito mais justa, quando a Fazenda Pública se encontrar no polo passivo da demanda.

## 6.2. O ATO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como bem definido por Alice Voronoff em relevante obra sobre o tema<sup>185</sup>, o direito administrativo sancionador no Brasil se tornou “onipresente”. A afirmativa parte da premissa, com a qual concordamos, da velocidade (e intensidade) com que as relações entre particulares e a Administração Pública se expandiram nas últimas décadas. O fenômeno da “administrativização”, apontado pela autora, dá luz à presença cotidiana do Estado em praticamente todas as áreas que compõem as relações em sociedade.

Como efeito direto de uma busca incessante pelo acompanhamento da velocidade e complexidade das relações econômicas e sociais contemporâneas, o Poder Público amplia as suas estruturas e seus mecanismos de fiscalização (e, não raras vezes, de intervenção) das atividades desempenhadas pelos particulares<sup>186</sup>. Na seara econômica, em especial, esse pressuposto ganha ainda mais notoriedade, diante do atual cenário de elevada dinâmica na criação e desenvolvimento de novas atividades empresariais (fato impulsionado pela velocidade da criação de novas tecnologias), e, também, pelo movimento observado nas últimas três décadas, de substituição do papel do Estado como agente econômico direto, pela consolidação de um Estado fomentador e que transfere, ao particular, a execução de atividades econômicas, inclusive aquelas estratégicas para a sociedade, mediante a assunção de obrigações definidas e fiscalizadas pelo Poder Público. Tal movimento deu origem ao já conhecido modelo de Estado regulador<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil; justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>186</sup> Como exemplos de atividades exercidas pelo particular em que se observa a presença constante do Estado, Alice Voronoff destaca: trânsito, vigilância sanitária, setor elétrico, meio ambiente, saúde suplementar, telecomunicações, óleo, gás natural, biocombustíveis, transportes públicos, atividades cinematográficas e videofonográficas, concorrência e mercado financeiro. (*op. cit.*)

<sup>187</sup> Alexandre Santos de Aragão, em obra icônica sobre o tema, aponta que “a regulação estatal da economia não se opõe à liberdade empresarial; pelo contrário, seu propósito é propiciar um ambiente justo e equitativo, onde o maior número de pessoas possa exercer os seus direitos e atuar na economia.



Diretamente associada a essa expansão do papel do Estado como fomentador e regulador na ordem econômica<sup>188</sup>, observou-se também uma ampliação do seu aparato fiscalizatório, especialmente no que se refere à execução das atividades econômicas estratégicas transferidas aos particulares e que passaram a ser fiscalizadas pelos novos entes integrantes da administração pública competentes para garantir a conformidade dessas atividades com as diretrizes estatais: as Agências Reguladoras<sup>189</sup>. Nesse contexto, ganharam relevo as atividades fiscalizatória e sancionatória do Poder Público, exercidas por intermédio da instauração de processos administrativos, que, ao final, se

---

Isto não impede que o Estado possa ou deva, se verificadas as condições para tanto, deixar espaços da vida social e econômica livres de qualquer intervenção ou regulação. Deve, no entanto, estar sempre atento para que esta liberdade não prejudique os interesses da sociedade como um todo, de forma que a liberdade só possa existir enquanto for mais benéfica para a sociedade do que a regulação estatal, inclusive tendo em vista a natural e às vezes desmedida ambição dos homens. Por outras palavras, a persecução do bem-estar social, apesar de determinar sempre um certo grau de intervenção dos poderes públicos, não é incompatível com uma intervenção norteada pela ideia de subsidiariedade enquanto princípio normativo.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65 e 66)

<sup>188</sup> Alice Voronoff aponta ainda como causa para essa “expansão acelerada do poder sancionatório da Administração Pública” o fenômeno que denomina como “crise de identidade do direito punitivo estatal”, em especial, com a efetividade do direito penal, e que resulta na atribuição, à outras esferas de responsabilização, como a cível e a administrativa, o papel de dar à sociedade a devida resposta, com celeridade e efetividade, que o direito penal não se mostra mais capaz de garantir na repressão aos desvios. Como exemplo, menciona a Lei Brasileira Anticorrupção (Lei nº. 12.846/13), que prevê a responsabilidade objetiva nos planos civil e administrativo, além de fixar multa administrativa em patamares elevados, se comparados aos observados no campo penal. A própria exposição de motivos da Lei, destaca a autora, reforça expressamente que “o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como, por exemplo, o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.” (VORONOFF, Alice. *Op. cit.*)

<sup>189</sup> Ao analisar os atos fiscalizatórios das Agências Reguladoras sob a ótica do conceito tradicional de “poder de polícia” da Administração Pública, Aragão aponta que a Regulação “parece assumir sentido mais amplo que a ‘administração ordenadora’ e o ‘poder de polícia’”. E prossegue, “Entendemos que o deslinde da distinção entre o poder de polícia e a regulação depende do ponto de vista do qual nos colocamos. Se partirmos de um conceito de poder de polícia tradicional, oitocentista, consistente na mera fiscalização da atividade para que não cause prejuízos à coletividade, certamente o âmbito conceitual da regulação será bem mais amplo que o de poder de polícia. Propugnamos, ao revés, um conceito de poder de polícia adequado ao Estado Democrático de Direito e à complexidade socioeconômica em que vivemos; que seja funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão. Não se trata mais apenas de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar a sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos.” (*op. cit.*)

restada comprovada a prática de determinada infração pelo particular, resultará na edição de um ato administrativo sancionador em face do particular infrator.

E, em se tratando de atos da Administração Pública que têm o condão de atingir a esfera jurídica do particular, imprescindível que estes estejam pautados em premissas fáticas concretas que comprovem a prática da infração e, com isso, justifiquem a incidência do direito material punitivo sobre o particular. A garantia da veracidade das premissas fáticas utilizadas no processo administrativo sancionador deve ser entendida, sob essa ótica, como expressão do princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública está vinculada.

Ademais, a veracidade dos fatos sobre os quais se funda o ato sancionador representa um elemento de reforço à garantia da ampla defesa do particular no curso do processo administrativo, e, também, de uma proteção adicional aos seus direitos fundamentais contra eventual conduta arbitrária que poderia vir a ser praticada pela Administração Pública – que, por certo, estaria desconectada das atuais perspectivas que devem reger a relação entre o Estado e o particular. Atento a este efeito, Leonardo Greco aponta que no processo sancionador, a prova do cometimento da infração incumbe à Administração Pública. Afirma o autor que “Exige-se uma prova conclusiva e inequívoca de que o sancionado é o autor responsável. Não pode impor-se a sanção com base em simples indícios, presunções ou conjecturas subjetivas.”<sup>190</sup>

Dada a importância da produção da prova, pela Administração Pública, do fato infracional que resulte em ato sancionador contra o particular, importante que este conjunto probatório seja devidamente disponibilizado, para conhecimento e análise, quando o particular optar por impugná-lo em juízo. Considerando a premissa, já firmada até aqui, acerca da vinculação entre a justiça da decisão de mérito e a veracidade dos fatos sobre os quais ela incide, entendemos ser imprescindível que, em se tratando de demanda movida pelo particular com vistas à declaração de antijuridicidade do ato administrativo sancionador contra ele lavrado, que seja levado aos autos, pela Fazenda Pública, o conjunto probatório relativo aos fatos que a motivaram, no plano administrativo, a proferir o ato impugnado.

---

<sup>190</sup> GRECO, Leonardo. *Ob. cit.*

Entretanto, e inobstante, a nosso ver, a clareza da necessidade dessa providência para a melhor decisão de mérito, a regra geral de distribuição do ônus da prova atribui ao particular o encargo de produzir a prova necessária para impugnar o ato administrativo e buscar afastar a sua presunção de legitimidade<sup>191</sup>, ainda que esta prova tenha sido produzida e/ou esteja em posse da Administração Pública<sup>192</sup>.

Para coibir esse desvio entre a regra geral processual e o que se espera de uma prestação jurisdicional adequada aos desafios do processo contemporâneo, e ainda em atendimento às finalidades propostas neste trabalho de se identificar parâmetros que tornem efetiva a utilização da dinamização do ônus da prova, apontamos como campo fértil para a aplicação do instituto as demandas movidas por particulares contra a Fazenda Pública que tenham por objetivo impugnar atos administrativos sancionadores.

Além de favorecer a prolação de uma decisão de mérito justa e aderente à realidade dos fatos, acreditamos que a aplicação (preferencialmente, recorrente) da dinamização do ônus da prova, nessas hipóteses, terá ainda o papel de fomentar e nortear a Fazenda Pública a evoluir nos seus processos de estruturação e controle interno da sua atividade fiscalizatória, mediante, por exemplo, a criação de mecanismos capazes de garantir e registrar o pressuposto fático sobre o qual incidirá a sua força punitiva, antes da prática do ato que atinja a esfera jurídica do particular.

### **6.3. DEMANDAS ENVOLVENDO DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PARTICULAR**

---

<sup>191</sup> Respondendo a parte da doutrina que aponta se tratar o ônus da prova em processos sancionadores como suposto efeito da presunção de legitimidade do ato administrativo, Fredie Didier Jr. aponta que este atributo “atuaria na formação do ato administrativo, mas, por si, não levaria à atribuição apenas ao administrado de provar a inocorrência da infração. O ônus da prova pode, por outros motivos, ser do administrado, mas não por conta da presunção de legitimidade.” (DIDIER JR., Fredie. BOMFIM, Daniela. Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 125-138)

<sup>192</sup> Nos casos em que a Administração Pública “detém ou deveria deter determinados documentos”, Didier aponta que o ônus da prova deveria ser integralmente do ente público, não se tratando nessa hipótese sequer de inversão ou dinamização do ônus da prova, mas sim de “distribuição prévia e abstrata feita pelo legislador, estática, pois.”, tendo como fundamento o art. 37, da Lei nº. 9.784/99, que assim dispõe: “Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.” (DIDIER JR., Fredie. BOMFIM, Daniela. Op. cit. p. 132)

Consolidando as propostas até aqui apresentadas de fixação de balizas para a aplicação da dinamização do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, vimos se tratar de campo fértil para o referido instituto as hipóteses em que a Fazenda Pública se encontrar na condição de ré nas demandas movidas pelo particular com o objetivo de impugnar atos administrativos sancionadores.

Nessas situações, e consideradas as premissas colocadas ao longo desse trabalho, entendemos que a alocação, à Fazenda Pública, do ônus de provar os fatos sobre os quais se funda a controvérsia – leia-se, a comprovação do cometimento do ato infracional que resultou na edição de ato sancionador em face do particular – se revela uma importante medida de fomento ao reequilíbrio das posições processuais das partes, contribuindo para a prolação de uma decisão de mérito mais justa e propícia ao atendimento do escopo social da jurisdição<sup>193</sup>.

Em acréscimo às balizas até aqui propostas – que, reiterando o alerta já feito acima, podem, isoladamente ou em conjunto, justificar a utilização da dinamização do ônus da prova –, entendemos que particularidades afetas à relevância do direito material envolvido na controvérsia também podem motivar um tratamento próprio no que tange à distribuição do ônus da prova entre as partes.

Antes de aprofundarmos a nossa proposta, e como reforço de premissa, vale destacar que a relação entre direito material e carga probatória não é nova na doutrina<sup>194</sup>. Lucas Buril de Macedo e Ravi Peixoto, por exemplo, partindo do

---

<sup>193</sup> Ao discorrer sobre a “íntima relação” entre o sistema jurídico e a vida em sociedade, Dinamarco traduz o conceito de escopo social da jurisdição ao destacar a função do processo como elemento de “pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça.”. Fundamental se entender a presença e o valor da justiça referenciada pelo autor, para que não se confunda a pretendida pacificação do conflito com a resolução do processo, seja com ou sem julgamento de mérito. Reforçando a necessidade dessa distinção, Dinamarco afirma que “É manifestamente impossível *satisfazer* a todos – e a própria estrutura dialética dos conflitos mostra que a plena satisfação de um dos sujeitos implica contrariedade ao outro. Mas a experiência mostra também, apesar de contrariado, o litigante vencido tende a aceitar a solução de seus conflitos com sofrimento menor que o decorrente das instabilidades inerentes à indefinição. As incertezas geram *inseguranças* que atormentam a mente das pessoas. De todo modo, das *angústias de dois* resta somente a possível *decepção de um*, satisfeito o seu adversário.”. (DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 220 e 221)

<sup>194</sup> Em uma análise até mais abrangente em relação aos institutos processuais influenciados pelo direito material, Dinamarco aponta ser o sistema processual um reflexo da “ordem jurídico-material e instrumentalmente conexo a ela. Como exemplos de institutos processuais que estão diretamente influenciados pelo direito material, destaca: “a) a permissão de dois ou mais sujeitos demandarem conjuntamente como autores ou serem demandado conjuntamente como réus (*litisconsórcio facultativo*) está sempre condicionada à existência de algum grau de relação entre a situação de cada um deles e

reconhecimento de que “algumas situações específicas de direito material requerem a flexibilização da carga probatória”, trazem como exemplos de demandas que requerem um “trato processual particular” aquelas relativas à “erro médico, lesões pré-natais, dano ambiental, recusa ao serviço militar obrigatório por imperativo da consciência e acidentes de trabalho.”<sup>195</sup>. O trato processual diferenciado não seria, na visão dos autores, a modificação na alocação do encargo probatório entre autor e réu, mas sim a “*redução do módulo da prova*”, que permitiria uma maior “maleabilidade” sobre a necessidade probatória exigida, admitindo, ao final, a prolação de uma decisão de mérito pautada apenas em juízo de verossimilhança. Ao contrário, portanto, da dinamização do ônus probatório, que afeta a orientação sobre a própria atividade instrutória das partes, a “tese da modulação” geraria efeitos apenas sobre a valoração da prova apresentada pela parte incumbida de sua produção.

No mesmo sentido, e reconhecendo também as “diversas necessidades do direito material” que possam resultar na possibilidade de tratamento diferenciado do ônus da prova, Marinoni e Arenhart sustentam que, mesmo quando não previstas em lei (usam como paradigma a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC), há situações outras de direito material “*que exigem a possibilidade de inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da regra do ônus da prova, contentando-se com a verossimilhança.*”<sup>196</sup> (grifo original).

Não obstante a premissa utilizada por estes últimos autores, com a qual concordamos, de que “não há como se imaginar ser possível exigir uma convicção *uniforme* para todas as situações de direito substancial.”<sup>197</sup>, não proporemos aqui a uma

---

aquilo que pretende, ou que de cada um deles se pretende (conexidade entre causas *etc.* – art. 113, inc. II); b) a determinação da *Justiça ou do foro competente* é sempre feita de acordo com a condição das partes (União Federal – Const., art. 109, inc. I), sua sede (domicílio do ré – CPC, art. 46), fundamento jurídico-material do pedido (p.ex., as *demandas fundadas em direito real* – art. 47), natureza do objeto (*imóvel* – sempre art. 47); c) o processo só se extingue por acordo entre as partes ou por força de algum ato de disposição de direito quando a matéria for *suscetível de transação segundo as regras substanciais pertinentes* (CC, arts. 840 ss – CPC, art. 487, inc. III, letras *a* e *b*); d) o *processo monitorio* só é adequado em relação a pretensões a receber dinheiro, coisas fungíveis ou determinado bem móvel (art. 700); e) a *antecipação de tutela jurisdicional* depende da urgente necessidade de quem a pede e suficiente probabilidade de existência de seu direito (arts. 294, 300) *etc.* – ressalvadas as hipóteses de *tutela da evidência*, a qual não depende do requisito da urgência (CPC, art. 311). (DINAMARCO. Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 111).

<sup>195</sup> MACÊDO, Lucas Buril de., PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.*, p. 183.

<sup>196</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>197</sup> Idem.

redução da carga valorativa necessária da prova para a formação da convicção do juiz, tampouco a fixação de uma regra de inversão do ônus da prova em determinadas situações de direito material previamente fixadas.

Para se evitar uma amplitude de hipóteses que acabe por dificultar a identificação e aplicação da baliza aqui proposta, e mantendo-nos fiéis às premissas deste trabalho (em especial, ao cuidado de não propormos soluções que possam, de alguma forma, acarretar apenas na mudança das posições do desequilíbrio processual que se pretende combater), faremos um recorte nas categorias de direito material para delimitar, como mais um elemento norteador da aplicação da dinamização do ônus da prova, as demandas que tiverem por objeto a discussão sobre a violação de direitos e garantias fundamentais do particular pela Fazenda Pública.

É inegável a existência de uma profunda conexão entre a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e o Estado de Direito. Tal proteção tem como pressuposto essencial resguardar o particular contra o exercício do poder do próprio Estado, mediante a criação de um núcleo inviolável de direitos a serem tutelados<sup>198</sup>. A imposição de limitações jurídicas ao exercício do poder estatal representa, sob essa ótica consolidada do estudo da Teoria do Estado, pilar básico de sustentação do Estado constitucional. Em obra que propõe uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Ingo Sarlet aponta os direitos fundamentais como “*conditio sine qua non*” do Estado constitucional, para concluir que estes “Constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado

---

<sup>198</sup> Considerando o dinamismo e a pluralidade das relações em sociedade, parte relevante da doutrina constitucionalista sustenta, em acréscimo à visão tradicional da eficácia vertical dos direitos fundamentais (pautada na relação entre Estado e particular), que estes deveriam também ser observados nas relações privadas, especialmente nas hipóteses em que se identificar um desequilíbrio relevante entre as partes e houver direitos constitucionais em disputa. Como expressão dessa corrente de pensamento, Daniel Sarmento aponta, para esses casos, a necessidade de se realizar um juízo de ponderação no caso concreto entre os valores constitucionais envolvidos na disputa, indicando, como baliza para essa valoração, que “quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.” (SARMENTO. Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p. 261). Sobre o tema, remetemos o leitor ainda para as obras dos Professores Luis Virgilio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005) e Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.)

Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.”<sup>199</sup>.

Vimos até aqui que essa preponderância do papel do Estado sobre o particular – que justifica a imposição de limitações ao seu exercício na própria ordem constitucional – se reflete também nas esferas do direito material e processual. Daí a relevância de se reforçar a necessidade de utilização, sempre que juridicamente possível, de mecanismos que busquem ao menos mitigar a posição de vulnerabilidade apriorística do particular frente ao poder do Estado.

Reforçando essa premissa, Fábio Medina Osório, ao discorrer sobre os cuidados em se admitir a prova indiciária no processo administrativo sancionador, alerta para a necessidade de se exigir a “idoneidade de um indício”, pois, segundo o autor, não é raro que autoridades públicas utilizem “elementos informativos inidôneos, ou notícias de fato atípicos, , para respaldar ações estatais que, de um modo ou de outro, afetam e adentram esferas juridicamente protegidas de liberdades dos cidadãos.”. E conclui: “A submissão de um cidadão ao poder investigatório do Estado há de obedecer a rituais jurídicos, resguardando-se direitos fundamentais contra o arbítrio, a prepotência ou mesmo a arrogância de representantes do Estado.”<sup>200</sup>.

No plano processual, entendemos que essa atenção se faz necessária, pois, ao contrário do que se observa nas demandas entre particulares, quando determinados institutos buscam de alguma forma reduzir os efeitos dos desequilíbrios acentuados entre as partes (por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova no CDC), não há nas demandas entre particular e a Fazenda Pública qualquer regramento processual que proteja o particular contra a força da presença do Estado. Muito pelo contrário, o ordenamento garante ao Estado em juízo vantagens e tratamentos diferenciados em relação ao particular (as já vistas prerrogativas processuais – que entendemos como privilégios), e cuja posição de dominância é ainda reforçada pela proteção material aos seus atos praticados – abrigados sob o manto da presunção de legitimidade e veracidade.

---

<sup>199</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 58.

<sup>200</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7 ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020, p. 444.

Isso nos leva a uma reflexão sobre um diagnóstico no mínimo curioso: em uma análise conceitual, e sem entrar no mérito e/ou na classificação das formas utilizadas para tanto, quando Estado e particular se relacionam fora do processo judicial, o particular é tratado como vulnerável e por isso recebe uma proteção constitucional diferenciada em relação ao Estado, entretanto, quando estes mesmos atores passam a se relacionar dentro de um processo judicial, repentinamente é o Estado que se torna a parte vulnerável e passa a demandar uma esfera adicional de proteção em relação ao particular. Não nos parecem justificadas as razões que fundamentariam essa mudança abrupta nos polos de vulnerabilidade das mesmas partes, quando fora ou dentro do processo judicial, que demandariam essa esfera adicional de proteção ao Estado. Sob a (frágil) justificativa acerca da suposta existência de uma desvantagem material do Estado em juízo, a solução adotada pelo sistema processual, a nosso ver, subverte a isonomia e descaracteriza as premissas que justificaram a dose protetiva adicional conferida pela ordem constitucional ao particular contra esse mesmo Estado.

Firmada essa premissa, vale ainda reiterar o já consolidado movimento de aproximação do processo à ordem constitucional, definido como a “tutela constitucional do processo” pela Professora Ada Pellegrini Grinover, o que torna inafastável a necessidade de o processo refletir os valores e diretrizes constitucionais. Em relevante obra de vanguarda sobre os princípios constitucionais e o processo civil, a Professora Ada, com a clareza e a exatidão de costume, aponta:

Todo o Direito Processual – como ramo do direito público – tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Mas, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. (...) Mas é justamente a constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, em um determinado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno ‘processo’ e de seus princípios.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 6.



Não há, portanto, dúvida razoável acerca da necessidade do processo civil contemporâneo refletir os valores constitucionais, dentre os quais a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos particulares. E isso se reflete, acreditamos, não apenas na proteção conferida a esse rol de direitos quando do julgamento de mérito das demandas no caso concreto, mas também como vetor interpretativo para a utilização e adequação dos institutos do processo, em todas as suas fases. Não por outra razão, arrematou a Professora Ada, na referida obra, já em 1975, que “O Estado de direito só pode atingir seu real coroamento através desses instrumentos processual-constitucionais de tutela dos direitos fundamentais do homem”<sup>202</sup>.

Vista a relevância desse rol de direitos e garantias para a ordem constitucional e o próprio Estado Democrático de Direito, e como uma das formas de se traduzir o alinhamento do papel do processo à essa diretriz constitucional, entendemos que a busca pela elucidação dos fatos nas causas que envolvam a alegação de violação dos direitos e garantias fundamentais do particular pela Fazenda Pública ganha contornos ainda mais relevantes. Não obstante se tratar de uma regra processual vigente e perfeitamente possível de ser aplicada, entendemos que uma eventual decisão de mérito proferida em demanda que discuta essa categoria de direitos do particular, pautada unicamente na utilização do ônus da prova como regra de julgamento motivada por um cenário de insuficiência probatória, pode caracterizar um ato de comprometimento das finalidades básicas da jurisdição e das diretrizes constitucionais do processo<sup>203</sup>. Tal hipótese se revela ainda mais preocupante quando a disponibilidade da prova dos fatos

---

<sup>202</sup> Idem.

<sup>203</sup> Além de referenciar aqui novamente o escopo social da jurisdição, já explorado acima – e que na presente hipótese se mostraria ainda mais atingido, visto se tratar de decisão de mérito que deixaria de pacificar uma controvérsia envolvendo os direitos fundamentais do particular –, não podemos deixar de apontar que essa situação, a nosso ver, esbarraria ainda no próprio conceito de “ordem jurídica justa”, brilhantemente difundido pelo Professor Kazuo Watanabe, e que tem como premissa fundamental a necessidade de se compreender o acesso à justiça não como “mero acesso aos órgãos judiciários”, mas como um conjunto de elementos presentes no processo e na prática judiciária que garantam funcionalidade ao sistema e efetividade à prestação jurisdicional. Como expressão da incorporação dessa necessidade em nosso ordenamento jurídico, o CPC/15 dispõe, em seu art. 4º, que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”. Para maior aprofundamento sobre o tema, remetemos o leitor à obra que reúne os trabalhos e reflexões do Professor Kazuo Watanabe: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

tiver sido comprometida por conta da alocação equivocada (ainda que legal) do ônus probatório à parte que não se encontrava nas melhores condições de produzi-la.

Para as demandas, portanto, que envolvam controvérsias acerca de possíveis violações, pela Fazenda Pública, dos direitos e garantias fundamentais do particular, como, por exemplo, os direitos de ampla defesa e do contraditório, da isonomia, da imagem e da honra, e da propriedade, e desde que preenchidos os requisitos legais autorizadores, entendemos ser oportuna (para não dizer imprescindível) a atenção das partes e do juiz em relação à aplicação da dinamização do ônus da prova para que se atribua ao ente estatal o ônus de produzir o conjunto probatório apto a provar a inocorrência dos fatos constitutivos do direito do particular.

## **CAPÍTULO 7. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO**

Com a clareza e a profundidade que lhe são peculiares, Dinamarco leciona que “Nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos.” E, prossegue, ao apontar preocupação com a identificação dos “parâmetros racionalmente possíveis da *prova suficiente*”, que:

Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana. O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória *segurança para julgar* estaria com muito mais frequência praticando injustiças do que fazendo justiça.

Partindo de todas as premissas fixadas acima, bem como dos parâmetros propostos para a aplicação da dinamização do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, trataremos, a seguir, de algumas oportunidades práticas da sua utilização em áreas do direito em que a posição da Fazenda Pública em juízo nos parece excessivamente privilegiada, ao alocar muitas vezes sobre o particular um encargo probatório difícil ou mesmo impossível de ser atendido. Constituem, a nosso ver, campos férteis para a adoção do instituto, como medida de reequilíbrio processual e fomento à prolação de uma decisão de mérito mais justa.

## 7.1. DIREITO AMBIENTAL.

As discussões doutrinárias acerca do ônus da prova no direito ambiental não são novas. Acompanhando o movimento de ampliação das garantias jurídicas protetivas do meio ambiente, observado nas últimas décadas – que tem como marco relevante, já no início da década de 1980, a edição da Lei nº. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – e que atingiu status constitucional por meio do art. 225, da Constituição Federal de 1988, o poder público, em suas diversas esferas e instâncias, ampliou substancialmente os seus mecanismos de controle e fiscalização das atividades passíveis de gerar impactos ao meio ambiente.

Além da estruturação da máquina da administração pública direta e indireta, cuja atuação deve ser respaldada em lei e conta ainda com incontáveis atos infralegais produzidos nas esferas federal, estadual e municipal, a proteção do meio ambiente ganhou ainda o reforço de novos atores com legitimidade para atuação nas esferas extrajudicial e judicial, com destaque para os Ministérios Públicos dos Estados e Federal, além da Defensoria Pública e associações privadas que atendam as condições de legitimidade previstas na Lei para a propositura de ações coletivas (vide disposições da Lei nº. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública).

Acompanhando esse importante processo de ampliação da tutela do meio ambiente, inegável a constatação do desenvolvimento do direito ambiental no Brasil como instrumento imprescindível para nortear juridicamente os desafios inerentes a esse movimento – especialmente, aqueles voltados à ampliação da efetividade da tutela jurisdicional do meio ambiente. Dentre esses desafios, por certo, se incluem as complexidades associadas aos litígios envolvendo a tutela ao meio ambiente, especialmente entre o poder público e particulares. E um dos temas que atraem a atenção da doutrina especializada envolve justamente o desafio da alocação do ônus da prova.

Como primeira controvérsia que merece ser destacada em relação ao tema, está aquela relativa à distribuição do ônus da prova quando presente na demanda

fundamento de direito material pautado no princípio da precaução<sup>204</sup>. Trata-se de questão processual que surge como reflexo dos desafios inerentes à aplicação prática do referido princípio, que tem como principal objetivo nortear a adoção de atos de preservação do meio ambiente, mesmo em situações em que se está diante apenas de uma probabilidade, não atestada cientificamente, de que eventual atividade poderá resultar em agressão ao meio ambiente. Trata-se, assim, de instituto que busca fomentar a atuação dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente para restringir preventivamente a execução de atividades que possam, em alguma medida, gerar prejuízos ambientais, ainda que cientificamente incertos<sup>205</sup>.

E a dúvida que se insurge é a quem cabe o ônus da prova nas demandas de tutela ambiental movidas com o objetivo de inibir a atuação do potencial (ou suposto) poluidor, mesmo quando ainda não se tem evidências e/ou certezas científicas de que determinada atividade a ser impactada pela tutela jurisdicional resultaria em danos ao meio ambiente. Não é incomum identificar na doutrina especializada do direito ambiental a posição de que, partindo do interesse público adjacente à ampliação da tutela do meio ambiente, caberia ao réu o encargo de provar que a sua atividade não é poluidora, mesmo nas hipóteses em que houver dúvida razoável sobre esses efeitos. Marcelo Abelha, ancorando seu entendimento no art. 6º, VIII, do CDC, destaca que:

[Q]uando se trata de incerteza científica da atividade supostamente poluidora, é o princípio da precaução ambiental que determina que cabe ao suposto poluidor a prova de que não há risco de poluição. Com isso queremos dizer que é regra de direito ambiental, vinculada ao princípio da precaução, a que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental onde a existência do dano esteja

---

<sup>204</sup> O princípio da precaução teve o seu conceito definido na Declaração do Rio de Janeiro, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, da seguinte forma: “Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”. Para demais conceituações do princípio da precaução, remetemos o leitor à obra de Luiz Gustavo Escorcio Bezerra, que, ao propor relevante análise econômica dos princípios do direito ambiental, dentro os quais o da precaução, reproduz as definições feitas pela melhor doutrina especializada (BEZERRA, Luiz Gustavo Escorcio. *Direito ambiental econômico: mercado como instrumento do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 48-51).

<sup>205</sup> O que Paulo Affonso Leme Machado denomina de “*in dubio pro natura*”. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83)

vinculada a uma incerteza científica (hipossuficiência científica), o ônus de provar que os danos advindos ao meio ambiente não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente. Não se trata de técnica processual de inversão, mas de regra principiológica do próprio direito ambiental e como tal já é conhecida pelo suposto poluidor desde que assumiu o risco da atividade.<sup>206</sup>

Nesse sentido, inclusive, já decidiu a 2ª Turma do STJ<sup>207</sup>, em REsp interposto pelo Estado de São Paulo nos autos Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público daquele Estado com o objetivo de obter reparação por suposto dano ambiental causado por loteamento irregular, que “Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução.” Cita precedentes.

Com entendimento semelhante, a 1ª Turma do STJ<sup>208</sup>, em REsp interposto por particular em face de Acórdão do TJ/RS proferido nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu que “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85.”

---

<sup>206</sup> ABELHA, Marcelo. “Breves considerações sobre a prova nas ações coletivas ambientais”. In: *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. LEITE, José Rubens Morato; BUZAGLO, Marcelo Dantas (Org.). 3 ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 179-182. Em igual sentido, Clóvis Eduardo Malinverí da Silveira, em artigo constante na mesma obra destacada acima, sustenta que “De fato, a inversão da carga probatória – deslocamento para o demandado do ônus de romper o elo de causalidade que se lhe atribui – é solução que beneficia toda a coletividade, em face da grandiosa dimensão dos danos ambientais e das dificuldades em repará-los.” (SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverí da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. LEITE, José Rubens Morato; BUZAGLO, Marcelo Dantas (Org.). 3 ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 23). Sobre o tema, ver ainda: SOUZA, Gelson Amaro de; LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Ed. Dialética, n. 99, 2011, p. 101.

<sup>207</sup> REsp 1.237.893/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

<sup>208</sup> REsp 1.049.822/RS, Min. Rel. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

Não obstante a relevância inquestionável do bem jurídico tutelado, sob uma ótica das finalidades do instituto do ônus da prova, não nos parece que o melhor, tampouco, único, parâmetro a ser utilizado na decisão de alocar o ônus da prova seja a caracterização da parte como potencial poluidora. Imprescindível, a nosso ver, que seja feita uma análise no caso concreto acerca das reais possibilidades desse agente de produzir o conjunto probatório. As regras de alocação do ônus da prova não devem ser compreendidas como uma espécie de compensação, ou mesmo de sanção, a ser aplicada aprioristicamente por conta da natureza do direito material envolvido na controvérsia, independentemente de sua dimensão e relevância.<sup>209</sup>.

Decisões de alteração na regra geral de distribuição do ônus da prova nas demandas de natureza ambiental não devem partir também de presunções em face do suposto poluidor, mas sim de uma análise concreta da situação das partes para que se verifique se a parte inicialmente desobrigada não estaria realmente em melhores condições para produzir o conjunto probatório. Prova disso é que, mesmo a possibilidade de inversão do ônus da prova positivada no art. 6º, VIII, do CPC, demanda uma análise, mínima que seja, sobre a prévia caracterização da hipossuficiência (especialmente, aquela de natureza informacional) da parte que será desincumbida de produzir a prova. Devemos ter algum cuidado adicional no manejo do ônus da prova nas demandas de tutela ambiental, para que não corramos o risco de cometermos injustiças como um falso pressuposto para o mantra da proteção do direito ao meio ambiente.

Isso, porém, não significa que, ausente um cenário de certeza do dano a ser configurado, o potencial poluidor não poderá ser impedido de iniciar ou dar continuidade às suas atividades. O princípio da precaução nos parece gerar um efeito apenas sobre a valoração da prova apresentada pela parte que tutela o direito ao meio ambiente, que poderá atingir os seus objetivos mesmo na ausência do elemento da

---

<sup>209</sup> Atendo ao tema, Leonardo Greco manifesta preocupação com o fato de que “boa parte da doutrina especializada parece sobrepor, em matéria de fatos e de provas, a tutela da posição subjetiva da parte que alega postular em benefício do meio ambiente à de qualquer outro litigante, como se a proeminência desse bem jurídico impusesse um método de busca da verdade e de accertamento dos fatos privilegiado, em relação ao de que é titular qualquer outro postulante, com o sacrifício da noção moderna de processo justo à de um direito processual a serviço do autor, o que não só compromete a isonomia, mas também a própria neutralidade e impessoalidade da jurisdição.” (GRECO. Leonardo. Op. cit.)

certeza. Esse efeito, porém, não deveria, a nosso ver, ser confundido com uma inversão do ônus da prova em desfavor do potencial (ou suposto) poluidor.

Ou seja, ainda que, por força do princípio da precaução, não se exija da parte um conjunto probatório pautado na certeza do dano, mas sim uma possibilidade com algum grau de razoabilidade, essa possibilidade precisará ser minimamente demonstrada como prova do fato constitutivo do direito pleiteado para fins de acolhimento do pedido<sup>210</sup>. Reforçando essa conclusão parcial, Leonardo Greco, ao se referir às condenações a pagar, fazer ou não fazer, como resultado de um dano ambiental, leciona que “A admitir-se sem prova concreta do nexo de causalidade esse tipo de condenação, estará irremediavelmente vulnerado o princípio da legalidade, assim como estará sendo categoricamente abandonada a reconstrução da verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional de direitos.”<sup>211</sup>;

Analisado esse primeiro aspecto relativo ao ônus da prova nas demandas de natureza ambiental, e considerando as premissas fixadas até aqui neste trabalho, veremos a seguir a hipótese de demandas propostas pelos particulares contra a Fazenda Pública tendo por objetivo desconstituir atos administrativos sancionadores de natureza ambiental.

Vimos até aqui que, mesmo em demandas de natureza ambiental, quando o bem jurídico tutelado possui natureza difusa e inquestionável relevância, há que se ter cautela no manejo do ônus da prova, sob o risco de se criar situações injustas e que não contribuam para a elucidação dos fatos sobre os quais se fundam a controvérsia. A natureza do direito material tutelado não deve justificar uma alocação apriorística do ônus da prova a uma das partes, sem que sejam consideradas as particularidades do caso concreto.

Essa premissa, a nosso ver, inegociável, deve ser observada não apenas nas ações movidas pelos atores legitimados pelo ordenamento jurídico para tutelar o meio

---

<sup>210</sup> Corroborando essa leitura, fazemos referência ao exemplo trazido por Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto, sobre uma hipotética ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra uma aldeia de pescadores, para impedir a prática da pesca na localidade sob a alegação de que esta seria prejudicial ao meio ambiente por ser predatória. Nesse caso, apontam os autores que não seria razoável imaginar uma inversão do ônus da prova resultante de uma “aplicação impensada” do princípio da precaução. (*Op. cit. p. 232*).

<sup>211</sup> GRECO, Leonardo. *Op. cit.*

ambiente (que são essenciais para a efetividade do direito ambiental, destaca-se), mas também nas demandas movidas por aqueles que se insurgem contra atos sancionadores que atingiram a sua esfera de direitos, proferidos pela Administração Pública. Entretanto, a problemática surge quando, pela regra geral da distribuição estática do ônus da prova, caberá ao autor da ação o ônus de provar a antijuridicidade do ato administrativo sancionador nas hipóteses em que essa prova for impossível ou de difícil produção – por exemplo, quando se tratar de prova negativa, que envolva atos proferidos pela própria Administração Pública e/ou quando os elementos de prova estiverem em posse da Fazenda Pública ré. São situações não raras de se identificar em demandas de natureza ambiental que envolvam a impugnação de atos administrativos sancionadores.

Por isso, e assim como apontado em relação às inversões do ônus da prova pautadas unicamente na relevância do direito material discutido, nos parece que a alocação estática do ônus da prova ao autor da ação, quando desconectada das particularidades do caso concreto, pode não se mostrar o melhor caminho para a formação do conjunto probatório necessário para permitir a prolação de uma decisão de mérito justa e propícia à pacificação do conflito.

Em se tratando de demanda proposta pelo particular contra a Fazenda Pública com o objetivo de anular ato administrativo sancionador de natureza ambiental, essa tarefa nos parece ainda mais desafiadora, na medida em que, além da regra geral de alocação do ônus da prova e da sensibilidade do direito material envolvido, o referido ato se encontra, desde a sua edição, protegido pelo mantra da presunção de legitimidade e veracidade – o que, na prática, demanda do particular um nível de exigência ainda maior para o robustecimento do conjunto probatório, que pode ser traduzido como a tal “prova inequívoca” dos fatos. E não se pode ignorar que, não raras vezes, a tarefa do particular, autor da ação, de provar que não praticou determinada conduta infracional que lhe foi atribuída pela Fazenda Pública configura prova negativa impossível (ou quase impossível) de ser produzida, caracterizando verdadeira prova diabólica.



A título exemplificativo, mencionamos precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>212</sup>, em ação de embargos à execução fiscal, movida por particular contra a Fazenda Pública Estadual. No caso, a fiscalização ambiental lavrou auto de infração contra o particular após atribuir-lhe a responsabilidade por dano ambiental resultante da queima irregular de palha de cana-de-açúcar. Reproduzindo as alegações que já haviam sido rejeitadas na esfera administrativa, sustentou o particular na ação ter se tratado de incêndio criminoso provocado por terceiros, do qual alegou não ter tido qualquer participação, tendo o evento inclusive lhe acarretado prejuízos financeiros.

Não obstante ter destacado em sua defesa a ausência de provas produzidas pela Fazenda Pública sobre as premissas fáticas utilizadas para caracterizar o nexo de causalidade com a infração que lhe foi atribuída, o Tribunal, mesmo tendo reconhecido no voto do Relator que “pouco ou nada se sabe sobre as chamas: como se iniciaram, por quanto tempo consumiram a cana, como foram controladas”, decidiu pela improcedência da ação, por entender que o autor “não provou, como lhe competia, que a hipótese dos autos efetivamente envolva incêndio causado por terceiro, e não uma queima controlada.”. Por isso, entendeu o Tribunal que “A presunção de veracidade do ato administrativo não foi elidida.”. Veja-se, mesmo diante da ausência de qualquer

---

<sup>212</sup> TJSP, Apelação Cível nº. 1002970-18.2017.8.26.0597, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Fed. Torres de Carvalho, j. 08/11/2018, DJE 14/11/2018. Confira-se a ementa do julgado: “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Multa ambiental. Ribeirão Preto. Fazenda Guanabara. AIIM nº 208.554, de 23-10-2007. Queima em área agropastoril em desacordo com a autorização obtida. Resolução SMA nº 37/2005. 1. Prescrição intercorrente. A LF nº 9.873/99 cuida de processo administrativo federal e não se aplica aos Estados. Quanto ao art. 98 da Resolução SMA nº 32/2010, que autoriza a aplicação do DF nº 6.514/08, não se verifica a paralisação do processo administrativo pelo prazo de três anos, ante os despachos e diligências realizados. 2. **Autuação. Queima irregular. A embargante foi autuada por fazer uso de fogo em área agropastoril em área correspondente a 36 ha em desacordo com a autorização obtida**, nos termos da Resolução SMA 37/2005; consta ainda no boletim de ocorrência que a queima ocorreu em área a aproximadamente a 600 metros do perímetro urbano. **A autora realiza a exploração do imóvel para produção de cana-de-açúcar, alegando que não deu causa ao incêndio; os autos não trazem informações a respeito do fogo, pouco se sabendo sobre seu controle e como se extinguiu; não há comprovação de que tenha atingido parte de cana crua já colhida. A presunção de veracidade do ato administrativo não restou ilidida.** 3. Multa. A autuação foi clara no sentido de uso de fogo em área agropastoril em desacordo com a autorização obtida; não obstante a autorização para uso de fogo em parte da área para a colheita de cana-de-açúcar, verificou-se que a queima realizada não condizia com a permissão deferida pela Administração. Capitulção da multa nos termos do art. 57, da Resolução SMA nº 37/05. 4. Excesso de execução. Juros. A CDA não aplica os juros de mora previstos na LE nº 13.918/09; aplica-se a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 39, §§ 3º e 4º da LF nº 4.320/64c.c. Decreto nº 1.735/79 e art. 2º, do Decreto nº 1.736/79, sendo inaplicável a declaração de inconstitucionalidade declarada pelo Órgão Especial do TJSP. Improcedência. Recurso da embargante provido.” (grifo nosso)

prova produzida pela Fazenda Pública que atribuísse ao particular a responsabilidade pelo cometimento de ato que teria resultado no dano, e reconhecendo que nem mesmo a Fazenda Pública possuía informações sobre a origem do fato, a prova esperada pelo Tribunal para um eventual julgamento de procedência da ação seria aquela que comprovasse que o particular não praticou o ato que lhe foi atribuído. Desprovido o AREsp pelo Eg. STJ (AREsp 1525055/SP), o acórdão do Tribunal de origem transitou em julgado.

Sem maiores esforços, nos parece que a solução adotada pelo Tribunal não foi a que resultou da melhor perseguição da veracidade dos fatos. Ao alocar no particular a incumbência do ônus de produzir típica prova negativa, mesmo diante do cenário em que a própria Fazenda Pública não havia produzido na esfera administrativa elemento probatório suficiente para atribuir ao particular a responsabilidade pelo cometimento do dano ambiental constatado, o Tribunal utilizou o ônus da prova unicamente como mera regra de julgamento, quando, diante das particularidades do caso concreto, poderia, acreditamos, tê-lo utilizado como um instrumento importante para se buscar o melhor pressuposto fático sobre o qual recairia o julgamento de mérito.

A situação relatada<sup>213</sup> nos parece colocar o particular em flagrante desvantagem em relação à Fazenda Pública e frente a um desafio praticamente impossível de ser cumprido. Não por outra razão, e diante do esperado não atendimento do ônus probatório que lhe foi atribuído, a demanda caminhou a passos largos para a improcedência, pautada, como visto, no aspecto objetivo do ônus da prova.

Em matéria ambiental, não são incomuns as decisões que julgam improcedente a demanda movida pelo particular contra a Fazenda Pública, sob a alegação de que o conjunto probatório produzido nos autos não foi suficiente para afastar a presunção de legitimidade do ato impugnado, mesmo sem qualquer análise sobre as possibilidades da Fazenda Pública ré ter produzido as provas necessárias para a adequada análise de mérito<sup>214</sup>. Não obstante a relevância do atributo da presunção de

---

<sup>213</sup> Fazemos referência ao trabalho de Carolina Castro Andrade, que. Embora não tenha por objetivo a análise da alocação do ônus da prova, discute com precisão e respaldo profundo na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo o tema da natureza da responsabilidade administrativa por queima irregular de palha de cana (ANDRADE, Carolina Castro. *Responsabilidade por queima de palha*. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo)

<sup>214</sup> Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

legitimidade do ato administrativo para o exercício das faculdades e deveres cotidianos da Administração Pública, entendemos que, quando a controvérsia sobre a legalidade do ato se instaura em juízo, fundamental seja feita uma análise crítica do caso concreto para se verificar se o particular, como autor da ação (e, portanto, como incumbido, a priori, do ônus da prova), de fato, se encontra nas melhores condições de levar aos autos as provas necessárias ao melhor julgamento de mérito, ou se, por outro lado, a Fazenda Pública, como ente que produziu o ato a partir dos pressupostos fáticos constatados na esfera administrativa para imputar a responsabilidade pelo ato infracional ao particular teria melhores elementos e condições de fazê-lo.

Esse é um elemento de análise, a nosso ver, imprescindível de ser considerado no caso concreto para o aumento das chances de se obter o conjunto probatório suficiente para o melhor julgamento do mérito da causa, mas que ainda não nos parece receber a devida atenção pelos atores processuais, especialmente pelo juiz.

---

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AUTUAÇÃO DO IBAMA - ACONDICIONAMENTO DE PNEUS USADOS E RECAUCHUTADOS DE POSSÍVEL PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA - VIOLAÇÃO DE LEGISLAÇÃO AMBIENTAL - SENTENÇA DENEGATÓRIA MANTIDA.

**1. O auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade. Assim, só mediante prova inequívoca de: (a) inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (b) atipicidade da conduta ou (c) vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) pode ser desconstituída a autuação. Se a impetrante pretende ver judicialmente reconhecida a nulidade de ato administrativo impositivo de penalidade, deve elidir a presunção de legalidade e veracidade da qual se reveste o auto de infração.**

2. Em que pese a insurgência da impetrante, o auto de infração lavrado tem amparo na legislação vigente e o procedimento adotado pela autoridade administrativa denota hígidez suficiente a justificar a manutenção da autuação. Outrossim, à luz dos documentos acostados e das circunstâncias fáticas que permeiam o caso concreto, não fora ilidida a presunção de legitimidade da ação de fiscalização do IBAMA.

3. O risco ambiental causado pela manutenção da conduta praticada pela impetrante, ao deixar de dar destinação correta aos pneus usados e reformados configura-se extremamente elevado atingindo, inclusive, terceiros alheios à demanda, prejudicados pelos efeitos relativos à degradação do meio ambiente.

**4. Diante da constatação das irregularidades pela Administração Pública e a observância ao princípio da supremacia do interesse público, o bem comum deve sobrepor-se ao interesse individual de manutenção das atividades e do rendimento financeiro da empresa."**

(TRF3, AMS n.º 0000632-90.2007.4.03.6004, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 31/05/2012, e-DJF3 06/06/2012) (grifos nossos)

<sup>214</sup> **MEIO AMBIENTE. APELAÇÃO AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NÃO AFASTADA. Ato administrativo, baseado no poder de polícia ambiental, que goza de presunção de legalidade, não ilidida no caso dos autos** Comprovado o dano causado, amparado em legislação ambiental. Subsistência do auto de infração lavrado Redução do valor da multa. Descabimento – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP Recurso de Apelação nº 1011430-45.2015.8.26.0053, Red. Des. Luis Fernando Nishi, Segunda Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 17/10/2019, publicado em 22/10/2019) (grifos nossos)

Não apenas para a melhoria da qualidade da decisão a ser proferida ao final, a alocação do ônus da prova em consonância com as particularidades do caso concreto possui ainda outro efeito, e não menos importante, que é propiciar um reequilíbrio das posições do particular e da Fazenda Pública no curso do processo, como medida de isonomia e de fomento à efetividade do alinhamento entre o processo e a Constituição Federal.

Portanto, considerar a dinamização do ônus da prova para colocá-lo em desfavor da Fazenda Pública nas demandas que busquem a declaração da ilegalidade dos seus atos praticados na esfera administrativa em face do particular, quando presentes os seus requisitos autorizadores, deve ser entendida como uma medida de justiça. Para reforçar essa afirmativa, não podemos deixar de fazer referência ao fato de que, na esfera administrativa sancionadora, mesmo nas infrações de natureza ambiental, se encontra pacificada, na doutrina<sup>215</sup> e na jurisprudência do STJ, se tratar de responsabilidade administrativa de responsabilidade subjetiva – ao contrário da responsabilidade civil, de natureza objetiva.

Encerrando alguma controvérsia jurisprudencial até então existente nos Tribunais, e nas próprias 1ª e 2ª Turmas do Eg. STJ, a Primeira Seção do Eg. STJ, em

---

<sup>215</sup> O tema da natureza da responsabilidade administrativa foi longamente debatido na doutrina ambiental e administrativista nas duas últimas décadas. Considerando a relevância do direito material envolvido e uma alegada função eminentemente repressiva do direito administrativo que o aproximaria do direito penal, podemos dizer que havia na doutrina ambiental tradicional uma visão prevalecente voltada à defesa da responsabilidade objetiva na esfera sancionatória administrativa. Nesse sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2010; FREITAS, Vladimir de Passos. *Direito administrativo e meio ambiente*. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2010. Na doutrina administrativista, filiando-se à essa posição, Hely Lopes Meirelles aponta que “A multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 199). Édis Milare, apesar de ter reconhecido a responsabilidade subjetiva em âmbito administrativo, ao apontar o que chamou de “tensão de princípios” entre o “colorido público” do direito ambiental e os interesses “de cunho marcadamente individual e patrimonial”, propõe uma espécie de relativização da responsabilidade subjetiva, para que “seja considerada presumida a culpa na responsabilidade administrativa ambiental”, de modo que a “inversão do ônus da prova, como salientado, parece ser a receita para a harmoniosa convivência.” (Ver artigo *A subjetividade da responsabilidade administrativa ambiental*, publicado em junho de 2020, acessível em: <https://milare.adv.br/a-subjetividade-da-responsabilidade-administrativa-ambiental/>). De outro lado, a corrente que defende a responsabilidade subjetiva na esfera administrativa ganhou espaço na doutrina (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*; MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.), orientando a posição sistemática dos Tribunais, incluindo do STJ, em favor da responsabilidade subjetiva no processo administrativo ambiental.

juízo de Embargos de Divergência, opostos no REsp 1.318.051/RJ<sup>216</sup>, decidiu, por unanimidade, que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva. Tratou-se o caso de Embargos à Execução movida na origem (TJ/RJ) por distribuidora de combustível autuada por ente municipal, após a constatação de dano ambiental resultante de acidente ocorrido durante o transporte do produto feito por terceira contratada (no caso, o descarrilamento de sete vagões-tanque operado por ferrovia contratada). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso de Apelação interposto pelo ente municipal para reformar a sentença que extinguiu o auto de infração, sob a alegação de que a Embargante, como contratante do serviço de transporte, seria a responsável pelo dano ambiental por *culpa in eligendo*.

Interposto o REsp, a Primeira Turma do Eg. STJ negou provimento ao recurso sob o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental seria objetiva. Constatada a divergência com a posição adotada em outros julgamentos, a Primeira Seção pacificou a discussão por meio do reconhecimento da responsabilidade ambiental subjetiva. Em seu voto-vista, apontou o Min. Herman Benjamin que “Não há confundir o direito administrativo sancionador com a responsabilidade civil ambiental, chegando-se ao ponto de atribuir responsabilidade do autuado por fato de terceiro.”.

---

<sup>216</sup> STJ, EREsp 1.318.051/RJ, Primeira Seção, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, j. 08/05/2019, DJE 11/06/2019, cuja Ementa dispõe: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SUBMETIDOS AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. **AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM RAZÃO DE DANO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.** 1. Na origem, foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrado pelo Município de Guapimirim - ora embargado -, por danos ambientais decorrentes do derramamento de óleo diesel pertencente à ora embargante, após descarrilamento de composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA). 2. A sentença de procedência dos embargos à execução foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo fundamento de que "o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo do auto de infração que lhe fora imposto", entendimento esse mantido no acórdão ora embargado sob o fundamento de que "[a] responsabilidade administrativa ambiental é objetiva". 3. Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/4/2012), "a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano". 4. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: "**A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador**" (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe de 7/10/2015). 5. Embargos de divergência providos." (grifou-se)

Pacificada a responsabilidade administrativa subjetiva, a conclusão que se extrai para os fins desse trabalho é que não há mais dúvidas razoáveis de que a edição de um ato administrativo sancionador em face do particular demanda da Administração Pública a necessária comprovação do elemento culpa do particular em relação à prática do ato que resultou no dano ambiental constatado. Trata-se, portanto, de atividade prévia à edição do ato sancionador, conduzida internamente pela Administração Pública, que deve se utilizar de todos os elementos de prova legalmente admitidos para que a eventual responsabilidade do particular seja devidamente constatada. Tal medida, vale dizer, além de contribuir decisivamente para que as partes e o juiz tenham acesso futuro às provas relativas aos elementos de fato registrados na fase administrativa, constitui medida de reforço às garantias individuais ao mitigar a adoção de atos arbitrários e/ou pautados em meras presunções posteriormente não comprovadas.

Diante disso, a pergunta que se faz é: se, na esfera administrativa, é dever da Administração Pública a comprovação dos fatos para fins de caracterização da responsabilidade subjetiva do particular como premissa para a edição de ato sancionador, por que razão, quando esse mesmo ato é contestado em juízo, não deveria ser conferido à Administração Pública o encargo probatório para comprovar a veracidade dos pressupostos fáticos sobre os quais o ato foi praticado? Veja-se, não se está aqui questionando as premissas e efeitos da presunção de legitimidade do ato administrativo na esfera extrajudicial, mas sim o papel da Fazenda Pública em juízo para a instrução probatória da demanda, como medida essencial para se permitir ao juiz o acesso ao conjunto probatório adequado para a prolação da decisão de mérito que melhor se aproxime da verdade dos fatos – contribuindo assim para a própria justiça da decisão.

E nos parece que, se o ente público foi, ao menos em tese, capaz de produzir as provas necessárias para justificar a atribuição da responsabilidade do particular na esfera administrativa, não haveria porque não receber o encargo probatório no processo judicial para apresentar todos os elementos fáticos que o levaram a proferir aquele ato, caso, comprovadamente, esteja em melhores condições de fazê-lo. Caso contrário, reitera-se, estar-se-á diante de um risco considerável de a aplicação da regra geral estática de distribuição do ônus da prova resultar na prolação de uma decisão de mérito desvinculada da realidade dos fatos e, por isso, potencialmente injusta.

Em se tratando, portanto, de demanda proposta pelo particular contra a Fazenda Pública tendo por objeto a impugnação de ato administrativo sancionador em matéria ambiental, e não havendo mais dúvidas sobre a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa do particular, nos parece haver um campo fértil para a aplicação do instituto da dinamização do ônus da prova como medida de reequilíbrio das posições processuais das partes e da busca pelo conjunto probatório que respaldará a melhor decisão de mérito.

## 7.2. DIREITO TRIBUTÁRIO

Não é difícil afirmarmos que uma das mais complexas relações em sociedade é aquela envolvendo, de um lado, a necessidade de o Estado tributar e arrecadar para custear a execução das suas finalidades, e, de outro, o direito do cidadão a ser submetido à uma política tributária justa e respaldada em mecanismos de efetividade adequados à lei e ao ordenamento constitucional. Em países como o Brasil, em que se observa uma pluralidade (para não dizer, infinidade) de leis e normas infralegais sobre matéria tributária, e com um histórico (longo e reiterado) de má gestão e desperdício dos recursos públicos arrecadados<sup>217</sup>, agravando uma já elevada desigualdade social, essa relação ganha notas ainda conturbadas.

---

<sup>217</sup> Ives Gandra da Silva Martins, com a precisão que lhe caracteriza, aponta ser “a seguinte a razão dos desperdícios públicos, que tornam a carga tributária sempre excessiva: 1. Objetivos e necessidades mal colocadas. Normalmente, o contribuinte entende que a fixação de objetivos, no concernente às necessidades públicas, é feita na perspectiva de metas superiores às possibilidades governamentais, quando não mal eleitas entre as prioridades existentes. (...). 2. Gastos supérfluos. Os gastos supérfluos do Poder Público, na linha dos funcionários desnecessários e das mordomias institucionalizadas, na administração direta e indireta não lucrativa, trazem outra área de atrito, pois o contribuinte sente que o peso excessivo da receita aumentada para o inútil e supérfluo é coberto pela carga tributária acrescida. (...) 3. Os contribuintes apenados. Muitas vezes, a eleição de política tributária para o desenvolvimento traz, em seu bojo, injustiças detectadas, com privilégios a certos contribuintes em detrimento de outros. (...) 4. A sonegação e o tratamento prático diferencial. Outro aspecto também característico da resistência do contribuinte é aquele concernente à revolta dos que pagam, porque não podem deixar de fazê-lo (indicação das fontes pagadoras), em relação aos que sonegam, à falta de máquina fiscalizadora eficiente, no que se sentem injustiçados e confiscados em seus recursos para o atendimento das necessidades de uma comunidade, na qual os sonegadores são também beneficiados. 5. A fiscalização. Outra faceta que faz o contribuinte sentir no tributo uma penalidade refere-se ao aparelho humano da fiscalização, onde a existência, ainda, em alguns setores, de agentes, que pressionam em excesso para fazer acordos ou vender favores, leva-o à certeza da injustiça de uma estrutura, que permite tão baixa moralidade exatora. 6. A sonegação e o aumento de receita. Por fim, entre outros importantes fatores, deve-se lembrar o princípio de que a tributação ganha níveis elevados para compensar a receita não arrecadável dos sonegadores, com

Nesse contexto, e considerando que nas relações fiscais a Administração Pública estará sempre posicionada em um dos lados dessa relação, legitimada ao exercício do poder estatal e dotada de ferramentas próprias e diferenciadas para atingir a esfera patrimonial do cidadão<sup>218</sup>, fundamental que a este último seja conferida proteção jurídica especial para preveni-lo de eventuais arbítrios praticados pelo ente estatal no exercício desse poder. Não por outra razão, e como já visto nesse trabalho, a disposição dos direitos e garantias fundamentais do cidadão na Constituição Federal de 1988 possui papel relevante, inclusive como um dos pilares do Estado de Direito. Reforçando essa premissa, Ives Gandra Martins leciona que: foi um acerto do constituinte inserir os direitos dos contribuintes dentre as cláusulas pétras da Constituição Federal, pois, “embora violentados, o mais das vezes, pelas autoridades, que buscam arrecadação a qualquer custo para enfrentar os crônicos déficits das más administrações públicas, representam direitos de segunda geração, de particular relevo, (...)”<sup>219</sup>

Apontando a mesma preocupação, Teresa Arruda Alvim e James Marins apontam que “A Constituição Federal, neste aspecto, contém regras de rara felicidade. Atribui direitos aos cidadãos, com especial referência à sua proteção contra a voracidade fiscal do Estado, e protege-os com as suas correspondentes garantias.”<sup>220</sup>.

---

o que aqueles que pagam têm a certeza de estar pagando mais do que deveriam para cobrir a parte dos que não pagam.”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: *Direitos fundamentais do contribuinte*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 47-48)

<sup>218</sup> Humberto Theodoro Junior, ao comentar em obra própria a Lei de Execução Fiscal, aponta como um dos “graves defeitos fundamentais” da norma, “a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública, que foi cumulada com favores extremos que chegam, em vários passos, a repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional.”. A título exemplificativo, aponta como “odiosa a discriminação” que a Lei faz em relação à forma de intimação dos advogados das partes, sendo pessoal, para a representação da Fazenda Pública, e via imprensa, para o advogado do particular. Questiona também as sistemáticas de substituição de bens penhorados (franqueada à Fazenda “em termos amplísimos”), de interrupção da prescrição (“injustificada” mediante “simples despacho da petição inicial, sem seguir-se a citação”), e “outros absurdos semelhantes”. E conclui que, “Se algumas medidas procedimentais criadas pela Lei nº. 6.830 aperfeiçoam e tornam mais expedito o processo executivo de cobrança de quantia certa, razão não se encontra, por último, para que tivessem sido instituídas apenas para a execução fiscal. O lógico e o razoável, a meu ver, seria a introdução delas, em caráter geral, dentro do próprio Código de Processo Civil, o que beneficiaria todo e qualquer credor, mantendo o princípio da isonomia, aperfeiçoando o Código como um todo e preservando, acima de tudo, a unidade do direito processual.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4-6)

<sup>219</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. p.48.

<sup>220</sup> No mesmo trabalho, os autores propõem uma interessante classificação das ações tributárias entre, exacionais e anti-exacionais, sendo as primeiras aquelas movidas pela Fazenda Pública com o objetivo de atingir o patrimônio do contribuinte, enquanto as anti-exacionais seriam as ações propostas pelos



Não se trata de uma cautela jurídica recente. Os instrumentos de limitação do Estado e a consequente proteção do particular na condição de contribuinte vêm se desenvolvendo ao longo da história<sup>221</sup>. Entretanto, mesmo diante dos avanços nessa direção, Leonardo Greco, ao analisar a efetividade das garantias fundamentais do contribuinte, faz a oportuna ressalva que “[N]as relações dos particulares com o Estado, continuamos a viver o clima do Estado-Providência, com a incontrastável preponderância do interesse público, a redução dos princípios processuais a meras garantias formais e a contínua e passiva aceitação do arbítrio dos governantes e dos agentes públicos.”<sup>222</sup>.

---

particulares em face da Fazenda Pública com vistas e obstar as pretensões fiscais desta última; e em próprias e impróprias, sendo as primeiras aquelas ações que possuem um regramento processual autônomo, ao passo que as ações impróprias seriam respaldadas apenas nas normas gerais disponíveis para demandas de outras naturezas. Partindo dessa classificação das ações tributárias no Brasil, destacam os autores “a peculiaridade de que quase todas as ações exacionais são próprias, (...) ao passo que são impróprias quase todas as ações anti-exacionais (...)” E concluem, com precisão, que “Esta constatação evidencia a preocupação política do legislador brasileiro em municiar a Fazenda Pública (de todos os componentes da federação), com instrumentos processuais especiais, extravagantes ao CPC, ainda que não fosse o caminho mais racional, mas aptos para a cobrança coativa dos tributos, deixando ao contribuinte, para se garantir judicialmente quanto à regularidade da autuação fiscal, somente os instrumentos processuais ordinários, à exceção, como visto, da ação de embargos à execução fiscal.” (ALVIM, Teresa Arruda; MARINS, James. *Processo Tributário. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário*. Alvim, Teresa Arruda (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.14-20)

<sup>221</sup> Em obra de referência sobre o tema da prova no processo administrativo fiscal, Paulo Celso B. Bonilha faz um interessante retrospecto sobre a posição desequilibrada e injusta do contribuinte na evolução da história do Brasil. Iniciando sua análise ainda sobre o período colonial, conclui que a tutela jurídica para dos interesses do contribuinte era “praticamente inexistente”. No período imperial, destaca que a dualidade jurisdicional, que excluía do Poder Judiciário a apreciação das demandas relativas ao contencioso administrativo fiscal, “só os desfavoreceu, restando-lhes um procedimento sem a garantia do contraditório e em que as decisões eram tomadas, em caráter definitivo, pelas autoridades administrativas.” Já no período republicano, entre 1889 e 1926, destaca a posição “subalterna” do contribuinte, submetido a um “tosco procedimento fundado no recurso hierárquico ao Ministro da Fazenda e despido de qualquer inovação ou garantia processual em favor do contribuinte.” Referente ao período entre 1927 e 1988, aponta o autor alguns marcos importantes, como a instituição de Conselhos de Contribuintes na administração federal e em alguns estados (em São Paulo foi criado o Tribunal de Impostos e Taxas) e a promulgação do Código Tributário Nacional. Apesar de destacar o progresso do tema a conquista da “maioridade do direito tributário” nesse período, conclui que o processo administrativo tributário não acompanhou essa evolução, se encontrando ainda “atolado em uma legislação assistemática, ultrapassada e fragmentária e, porque não dizê-lo, praticamente desassistido da alavanca das elaborações doutrinárias instigantes e indispensáveis ao amadurecimento das ideias e dos rumos mais adequados para as reformas legislativas factíveis e informadas nos mais avançados princípios dos direitos processual e tributário.” (BONILHA, Paulo Celso B. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1997, p.15-37).

<sup>222</sup> GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo na Execução Fiscal. *In: Execução Civil: aspectos polêmicos*. LOPES, João Batista, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (Org.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 250.

Dito isso, trata-se de um desafio constante do ordenamento jurídico – refletido nos esforços da melhor doutrina especializada – a busca pela criação e/ou reforço dos instrumentos de proteção do contribuinte capazes de mitigar abusos e promover algum equilíbrio na sua relação com o fisco. Nesse contexto, o processo administrativo tributário ganhou notoriedade nas últimas décadas como um mecanismo relevante para a tutela jurídica do contribuinte e a fixação de balizas claras de atuação do Estado, não deixando dúvidas, por exemplo, sobre a necessidade de sua observância aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa<sup>223</sup>. Ao tratar da questão em obra clássica sobre o tema, Paulo Celso B. Bonilha aponta que as orientações doutrinárias atuais “põem de lado” a ideia de que “a fase contenciosa do processo ainda se desenvolveria sob a égide plena do princípio inquisitório, tal como ocorre no procedimento administrativo do qual promana o lançamento.”.

Portanto, instaurado o processo administrativo fiscal e atenuado (quando não superado) o elemento de inquisitorialidade observada na fase de lançamento, destaca o autor que a Fazenda adquire a condição de parte na relação processual e por isso se nivela ao impugnante. Por isso, conclui, “o princípio que prevalece na fase contenciosa é o da distribuição da justiça, que exige a descoberta da verdade em relação à suposta legitimidade do lançamento.”<sup>224</sup>.

Nessa trilha de procedimentalização da atividade fiscal e de fomento à segurança jurídica do particular contra o erário, a solidez do pressuposto de fato sobre o qual a administração exerce a sua atividade fiscal e arrecadatória passa a ser entendida como um elemento indispensável para a mitigação dos riscos de arbítrios ou mesmo impropriedades praticadas contra o contribuinte – que o ordenamento jurídico tanto evoluiu para coibir. Paulo de Barros Carvalho, ao tratar da comprovação dos fatos no processo administrativo tributário como uma garantia constitucional do contribuinte, não deixa dúvidas sobre a relevância da prova em matéria fiscal. Nas palavras do destacado autor:

---

<sup>223</sup> Nesse sentido, o Decreto n.º 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal federal, sofreu diversas alterações pela Lei n.º 11.941/09 (resultado da conversão da MP n.º 449, de 2008), que, em sua exposição de motivos, apontou expressamente como um dos objetivos da modernização da norma permitir “ao contribuinte exercer plenamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.”

<sup>224</sup> BONILHA, Paulo Celso B. Op. cit. p. 67.

Ao intérprete das regras penais e, o que mais nos interessa agora, ao exegeta dos preceitos tributários, caberá voltar-se aos princípios constitucionais, lá buscando os valores que deverão orientar a compreensão dos fatos e o estabelecimento cuidadoso dos direitos subjetivos e dos deveres correlatos. No âmbito do procedimento administrativo tributário, a prova há de ser feita em toda a sua extensão, consoante esquemas rígidos de aplicação das regras atinentes, de tal modo que se assegure, com todas as garantias possíveis, as prerrogativas constitucionais de que desfruta o contribuinte brasileiro, de ser gravado apenas nos exatos termos em que a lei tributária especificar.<sup>225</sup>

Luís Eduardo Schoueri, partindo da mesma premissa sobre a indispensabilidade da correção das premissas fáticas, e ao considerar que o sistema tributário brasileiro se encontra “submetido à rigidez do princípio da legalidade”, sustenta a impossibilidade de se admitir “presunções simples em lugar das provas”. E com precisão ímpar, conclui que:

[A] subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador da lei substitua a prova é conceber a possibilidade – ainda que remota diante da altíssima probabilidade que motivou a ação fiscal – de que se possa exigir um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador.<sup>226</sup>

Não obstante o papel assumido pela prova como medida indispensável para a administração fiscal justificar o ato de atingir o patrimônio do particular, não menos importante a definição em relação a quem caberá o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. No âmbito do processo administrativo fiscal, e após alguma controvérsia doutrinária sobre o tema, podemos afirmar com alguma segurança que não há mais dúvidas razoáveis sobre se tratar de incumbência atribuída ao fisco.

Após discorrer acerca da evolução doutrinária sobre o tema, incluindo o argumento defendido por parte da doutrina com base no qual se levava a crer, equivocadamente, que a presunção de legitimidade do ato administrativo importava em uma inversão do ônus da prova em desfavor do contribuinte, Paulo Celso B. Bonilha

---

<sup>225</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. A Prova no Procedimento Administrativo Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 34, São Paulo: Dialética, 1998, p.107.

<sup>226</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Presunções simples e indícios no processo administrativo fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Processo Administrativo Fiscal*. 2º v. São Paulo: Dialética, 1997, p. 85-86.

conclui que “Não há, portanto, em decorrência da presunção de legitimidade do ato de lançamento, qualquer relação direta com a repartição do ônus da prova na relação processual tributária.”. E prossegue o autor, com a propriedade que lhe é peculiar sobre o tema:

Não se pode pretender que a carga probatória venha a ser atribuída em função da posição processual de quem está na contingência de agir. O que importa é perquirir sobre os fatos relacionados com a situação material a que se refere a relação processual e deduzir a quem cabe o ônus da prova. Sob esta perspectiva, a pretensão da Fazenda funda-se na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda o ônus de comprovar a sua existência.<sup>227</sup>

Luís Eduardo Schoueri, de maneira não menos clara, aponta que “Em conclusão, verifica-se que quando o fisco pretende fazer valer a sua pretensão tributária, apontando a ocorrência do fato gerador do tributo, é seu ônus a prova em questão.”<sup>228</sup>. Não deixando margem de dúvida sobre o acerto dessa posição, Paulo de Barros Carvalho, por sua vez, leciona que “O pressuposto de fato da incidência há que ser relatado de maneira transparente e cristalina, revestido com os meios de prova admissíveis nesse setor do direito, para que possa prevalecer, (...)”. E conclui:

Com a evolução da doutrina, nos dias de hoje, não se acredita mais na inversão da prova por força da presunção da legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera a administração de provar as ocorrências que se afirma terem existido. Na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa. Seguindo adiante, vindo o sujeito passivo a contestar a fundamentação do ato aplicativo lavrado pelo Fisco, o ônus de exibir a improcedência dessa iniciativa impugnatória volta a ser, novamente, da Fazenda, a quem quadrará provar o descabimento jurídico da impugnação, fazendo remanescer a exigência.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> BONILHA, Paulo Celso B. Op. cit. p. 76-77.

<sup>228</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit. p. 88.

<sup>229</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit. p.108.

Analisando a questão sob a ótica do processo de execução fiscal, Humberto Theodoro Júnior reforça o papel da Fazenda Pública na instrução probatória da ação de embargos à execução nas hipóteses em que o embargante nega a ocorrência do fato gerador. Aponta que a presunção não se confunde com suposição, e, por se tratar de uma prova negativa, “a presunção em prol da Fazenda Pública não pode prevalecer à base de meras conjecturas” cabendo ao embargante, portanto, “o direito de rever toda a marcha do processo administrativo”. E conclui, como resultado desse direito de revisão, que “se nesse reexame fica 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.”<sup>230</sup>.

Ao tratar do tema, Leonardo Greco parte da premissa basilar, com a qual concordamos, que “O Estado que se justifica tem o dever de apresentar as provas concretas dos fatos afirmados pelos seus agentes, sob pena de sujeitar os cidadãos ao mais completo arbítrio.”. Ao abordar criticamente a parte (cada vez menor) da doutrina que utiliza a presunção de legitimidade do ato administrativo como fundamento para uma suposta inversão do ônus da prova em desfavor do particular, aponta ainda o autor que “O conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos.”<sup>231</sup>.

Além das controvérsias doutrinárias, vale dizer que as questões associadas à positivação da regra de alocação do ônus da prova no processo fiscal não são novas. Respalhada na Emenda Constitucional nº. 7/77, que estendeu a possibilidade de instituição do contencioso administrativo para a área fiscal, foi criada pelo Ministério da Fazenda, em maio daquele mesmo ano, comissão, constituída pelos Professores Gilberto de Ulhôa Canto, Geraldo Ataliba e Gustavo Miguez de Mello, para a

---

<sup>230</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 23. Sobre o tema, traz ainda o autor interessante precedente do STJ, que assentou “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. Não obstante a certidão de dívida ativa goze de presunção de certeza e liquidez, a Fazenda está obrigada a provar a existência da declaração de débito, se o contribuinte desde os embargos do devedor afirma, peremptoriamente, que não a fez; trata-se de prova que só está ao alcance da Fazenda, que teria recebido a declaração. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 95.865/SP, Min. Rel. Ari Pargendler, julgado em 16/06/98, DJ 03/08/98)

<sup>231</sup> GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo na Execução Fiscal. In: *Execução Civil: aspectos polêmicos*. LOPES, João Batista, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (Org.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 257.

elaboração do “Anteprojeto de Lei sobre o Contencioso Administrativo Fiscal da União”<sup>232</sup>, e que, dentre outras questões procedimentais, propôs o seguinte dispositivo para regular o ônus da prova:

“Art. 50. À Fazenda cabe o ônus da prova da ocorrência dos pressupostos do fato gerador da obrigação e da constituição do crédito; ao impugnante, da inexistência desses pressupostos ou da existência de fatores excludentes.”

Em que pese a previsão da participação do impugnante na formação do conjunto probatório, a redação proposta para o dispositivo não deixa dúvidas sobre a ideia de se atribuir à Fazenda Pública o ônus de provar a ocorrência dos pressupostos fáticos que caracterizam o “fato gerador da obrigação”. Apesar de o Anteprojeto sequer ter sido formalmente apresentado ao Congresso Nacional à época, podemos apontar, hoje, como fundamentos legais diretos para sustentar a alocação do ônus da prova à Fazenda Pública no processo administrativo fiscal, o art. 9º, do Decreto nº. 70.235/72<sup>233</sup> (com a redação dada pela Lei nº. 11.941/09), e o art. 142, do CTN<sup>234</sup>.

Nos Tribunais, não são raras as decisões em matéria fiscal que, não obstante o reconhecimento da presunção de legitimidade do ato administrativo, reforçam a posição de que cabe à Fazenda Pública o ônus de provar, ainda na esfera administrativa, a ocorrência dos fatos que justificaram a edição do ato impugnado<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. Algumas considerações a propósito do Anteprojeto de Lei sobre Contencioso Administrativo Fiscal. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (Org.). *Diálogos Póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017.

<sup>233</sup> Art. 9º. A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, **os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.** (grifou-se)

<sup>234</sup> Art. 142. **Compete privativamente à autoridade administrativa** constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente**, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (grifou-se)

<sup>235</sup> Nesse sentido, já se posicionou o STJ, em recurso especial interposto pela Fazenda Pública: TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO FISCAL. REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO E ÔNUS DA PROVA. O lançamento fiscal, espécie de ato administrativo, goza da presunção de legitimidade; essa circunstância, todavia, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar, no correspondente auto de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto – exigência que nada tem a ver com a inversão do ônus da prova, resultando da natureza do lançamento fiscal, que deve ser motivado. Recurso

Não havendo, como visto, dúvidas razoáveis acerca da alocação do ônus da prova em desfavor da Fazenda Pública no processo administrativo fiscal, cabendo a ela necessariamente apresentar os pressupostos fáticos que não deixem dúvidas que o particular infringiu a legislação fiscal, nos parece que essa é uma lógica que não deveria ser ignorada quando a controvérsia instaurada na esfera administrativa se torne objeto de uma demanda judicial movida pelo particular. Isto porque, o atendimento dessa incumbência probatória, pela Fazenda Pública, ainda na fase administrativa, a colocará, ao menos via de regra, em melhores condições de produzir em juízo o conjunto probatório necessário para o devido conhecimento dos fatos sobre os quais se funda a controvérsia.

Caso contrário, por certo que, não raras vezes, se encontrará o particular, autor da ação, diante da incumbência de produzir uma prova negativa impossível, ou mesmo de difícil produção, para responder ao fardo probatório que lhe foi imposto pela regra geral de distribuição do ônus da prova, do Código de Processo Civil. Nessas circunstâncias, nos parece que restará agravado o desequilíbrio processual naturalmente existente entre a Fazenda Pública e o particular, tornando elevadas as chances de insucesso da demanda para esse último.

A título exemplificativo, fazemos referência ao julgado objeto do AgRg no REsp nº. 1.482.408/SC<sup>236</sup>, que manteve decisão monocrática que deu provimento ao

---

especial não conhecido” (STJ, REsp 48516, Segunda Turma, Min. Rel. Ari Pangendler, julgado em 23/09/97, DJ de 13/10/97)

<sup>236</sup> STJ, 1.482.408/SC, Segunda Turma, Min. Rel. Humberto Martins, julgado em 06/10/14, DJE 14/10/14. Confira-se trecho da ementa do julgado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. SUJEITO ATIVO DA EXAÇÃO. LC N. 116/2003: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. AÇÃO ANULATÓRIO DE DÉBITO FISCAL. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE.

1. O entendimento firmado na decisão agravada não adentrou o contexto fático-probatório dos autos, **limitando-se a reconhecer a violação do art. 333, I, do CPC, e a questão do ônus da prova quando decorrente de pretensão que envolve a desconstituição de crédito tributário.**

2. Isto porque a Corte de origem parte de premissa de que cabe ao ente tributante (o município) fazer prova da legitimidade de seu crédito, ou seja, que foi devidamente constituído.

**3. Contudo, a jurisprudência do STJ firma-se em sentido oposto, de que, diante da presunção de legalidade e de legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da ação anulatório de débito fiscal, fazer prova capaz de afastar tal presunção.**

**4. No caso dos autos, ao apontar violação ao art. 333, I, do CPC, a única tese levantada pela municipalidade decorre do ônus da prova e a equivocada inversão promovida pela Corte de origem.** Tal questão está prequestionada, conforme se infere do excerto do voto que atribuiu o ônus à municipalidade, enquanto a parte recorrente, ora agravada, aduziu que o ônus é do contribuinte.

REsp interposto por ente municipal em face de Acórdão do Tribunal *a quo* que havia declarado a nulidade de auto de infração fiscal lavrado contra o particular. No caso, tratou-se, na origem, de ação anulatória proposta pelo particular para ver anulada autuação lavrada pelo fisco municipal sob a alegação de ter o particular deixado de recolher ISS ao município em operação (arrendamento mercantil – *leasing*) tributada. Acolhendo as razões apontadas pelo particular na ação que negava a ocorrência do fato gerador, o Tribunal de origem reconheceu que o ente municipal não teria legitimidade para tributar a operação do contribuinte, pois não havia nos autos “qualquer notícia acerca da existência de filial no município réu”, tendo concluído que “o município réu não logrou êxito em comprovar que os fatos geradores foram realizados em 'unidade econômica' da arrendadora localizada em seu território, ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, II, do CPC, motivo pelo qual se conclui, que o município tributante é o de São Paulo/SP.”.

Veja-se, a controvérsia era sobre a existência ou não de filial do particular no município que lavrou o auto de infração, questão fática, que, a nosso ver, seria indispensável de ser provada pelo ente municipal, ainda na esfera administrativa, para justificar a edição do seu ato. Entretanto, ao julgar o Recurso Especial interposto pela Fazenda Municipal, o STJ apontou a violação do art. 333, I, do CPC/73, e decidiu pela anulação do Acórdão, indicando que a decisão “não se molda a jurisprudência do STJ, pois inverteu o ônus da prova na desconstituição do crédito tributário, imputando à municipalidade incumbência da qual se reveste o contribuinte.”. Sustentou ainda que “Cabe registrar que, na origem, trata-se de Ação Anulatório de Débito Fiscal em que se impugna a Notificação n. 121-AM/2001, hipótese em que, diante da presunção de legalidade e de legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da apontada ação, fazer prova capaz de afastar tal presunção.”.

Ou seja, sem expor em sua fundamentação alguma análise das particularidades do caso concreto em relação a qual parte estaria em melhores condições de produzir a prova necessária ao deslinde da controvérsia, decidiu o STJ, com base na

---

(...)

6. Reconhecida a violação do art. 333 do CPC, declarou-se a nulidade do acórdão recorrido e determinou-se nova análise da demanda, com observância do ônus do qual se incumbe o contribuinte. Agravo regimental improvido. (grifou-se)



regra geral processual, que o ônus de produzir a prova para afastar a presunção de legitimidade do auto de infração era do particular, mesmo que essa prova, no caso, fosse negativa, consubstanciada no fato de o contribuinte não possuir filial no município autuante. Não nos parece, porém, razoável, tampouco aderente às finalidades do processo e do escopo social da jurisdição, se exigir que o contribuinte produza uma prova negativa quando essa mesma prova poderia (na verdade, deveria) ter sido produzida pelo ente municipal, ainda na fase administrativa, e lavada aos autos judiciais para justificar a edição de administrativo ato que atingia a esfera jurídica do particular.

Ainda como forma de exemplificar as premissas aqui apontadas e reforçar o tratamento do tema proposto neste trabalho, fazemos referência à recente decisão do Eg. STJ, que, em demanda movida pelo particular em face da Fazenda Nacional, deu provimento ao Recurso Especial interposto pelo ente público para anular o Acórdão recorrido sob o argumento de que o ônus da prova era do contribuinte<sup>237</sup>. Para melhor entendimento do precedente, tratou-se de ação anulatória de débito fiscal movida pelo contribuinte para anular auto de infração lavrado pela Fazenda Pública com base em suposta constatação de elevação patrimonial do particular originada em rendimentos

---

<sup>237</sup> STJ, REsp 1.821.428/PB, Segunda Turma, Min. Rel. Herman Benjamin, julgado em 01/10/19, DJE 11/10/19. Confira-se trecho da ementa do julgado: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. **PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE.** 1. Na origem, trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal, objetivando desconstituir decisão administrativa da Receita Federal (processo administrativo 14751.000409/2010-28), que rejeitou impugnação ao lançamento de crédito tributário, mantendo auto de infração no valor de R\$ 849.355,99 (oitocentos e quarenta e nove mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e noventa e nove centavos). Em sentença, julgou-se improcedente o pedido, no entanto o Tribunal de origem deu provimento à Apelação, afastando a exação tributária. 2. Nas razões do Recurso Especial, destaca-se a tese jurídica de que a "variação patrimonial positiva a descoberto reflete incremento no patrimônio não lastreado pelos rendimentos declarados, sendo passível de tributação". Aduz ainda que, "embora o contrato não registrado não possa ser oposto a terceiros, outras provas podem ser realizadas a fim de confirmar a sua veracidade e, assim, **o contribuinte poderia demonstrar o efetivo recebimento do valor a título de mútuo, afastando a suspeita de omissão de rendimentos**". Por fim, alega que "o contribuinte não conseguiu comprovar a existência e a veracidade da operação, impondo a desconsideração do contrato de mútuo e o reconhecimento do acréscimo patrimonial a descoberto".

(...)

4. A fundamentação utilizada pelo Tribunal a quo não se molda à jurisprudência do STJ, pois inverteu o ônus da prova na desconstituição do crédito tributário, imputando à Fazenda Pública incumbência da qual se reveste o contribuinte. **Hipótese em que, diante da presunção de legalidade e de legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da apontada ação anulatória de débito fiscal, fazer prova capaz de afastar tal presunção.**

5. Com efeito, compete à Corte de origem sopesar o ônus da prova partindo de premissa inversa, no sentido de que o contribuinte tenha feito prova apta a ilidir o lançamento tributário. 6. Recurso Especial parcialmente provido." (grifou-se)

não declarados no IRPF. O Tribunal de origem anulou o auto de infração, ao reconhecer a ilegalidade do argumento utilizado pela Fazenda Pública para desconsiderar o contrato de mútuo apresentado pelo contribuinte para justificar a entrada não tributada de recursos – alegou o ente municipal que o contrato não estava com as firmas dos signatários reconhecidas.

Ao julgar o REsp, porém, o STJ, novamente sem maiores considerações sobre as particularidades do caso concreto, se limitou a fundamentar o seu Acórdão no argumento de que “A fundamentação utilizada pelo Tribunal a quo não se molda à jurisprudência do STJ, pois inverteu o ônus da prova na desconstituição do crédito tributário, imputando à Fazenda Pública incumbência da qual se reveste o contribuinte.”. Apontou, ainda, em ementa do julgado, que “compete à Corte de origem sopesar o ônus da prova partindo de premissa inversa, no sentido de que o contribuinte tenha feito prova apta a ilidir o lançamento tributário.”. Veja, apontou o STJ que o Tribunal *a quo* partiu de “premissa inversa”, mesmo sem analisar se a Fazenda Pública não estaria, na origem, em melhores condições para produzir as provas necessárias à melhor resolução da causa.

Agravando ainda mais os efeitos da aplicação rígida e descontextualizada do ônus da prova em face do particular nesse caso, faz-se ainda destaque ao fato de que a própria Fazenda Pública reconheceu expressamente em suas razões de Recurso Especial que o particular não teria obtido êxito na produção de provas para afastar “a suspeita de omissão de rendimentos” – trecho transcrito inclusiva na ementa do julgado. Ou seja, o auto de infração foi lavrado pela Fazenda Pública contra o particular com base em uma “suspeita” de cometimento de infração, e o precedente do STJ orienta que, por conta dos efeitos da presunção de legitimidade do ato administrativo e da regra geral processual de alocação do ônus da prova, ainda assim caberia ao particular provar que não praticou tal infração. Não nos parece sequer razoável sustentar que o particular se encontrava em condições de igualdade com a Fazenda Pública nessa situação.

Dito isso, nos parece haver, também nas demandas de natureza fiscal movida pelo contribuinte<sup>238</sup>, um campo largo para a utilização da dinamização do ônus da

---

<sup>238</sup> Apenas para que haja qualquer confusão em relação à premissa e ao recorte metodológico proposto, não estamos considerando para esse diagnóstico as demandas movidas pelo particular contra a Fazenda

prova, como forma de reduzir as assimetrias informacionais entre as partes e o fisco, e permitir, de fato, que o encargo probatório seja alocado à parte que possua melhores condições de produzir as provas necessárias, independentemente das suas posições e presunções de direito material aplicáveis. Em demandas que discutem matéria fiscal, essa alocação do ônus da prova aderente à realidade do caso concreto nos parece ainda mais relevante, considerando as particularidades já vistas acima em relação ao necessário resguardo do particular quando diante do exercício do poder arrecadatório pelo Estado.

Trata-se, em última medida, de medida de fomento ao reequilíbrio processual das partes e que pode, a nosso ver, contribuir decisivamente para que se obtenha, ao final da demanda, uma decisão de mérito justa e pautada nas premissas fáticas corretas – premissa que, reiteramos, reputamos essencial para a busca de uma decisão justa e que atenda ao escopo social da jurisdição.

De toda forma, vale novamente o alerta: não se propõe aqui uma desconsideração da presunção de legitimidade dos atos administrativos, tampouco que recaia sobre a Fazenda Pública o encargo probatório em toda e qualquer demanda em matéria fiscal movida pelo particular, mas sim que este ônus não deixe de ser alocado em face da Fazenda Pública quando ela se mostrar, comprovadamente, em melhores condições do que o particular para a produção do conjunto probatório indispensável ao esclarecimento dos fatos sobre os quais residem a controvérsia – o que, como visto, entendemos não se tratar de uma hipótese remota, tampouco difícil de se constatar no caso concreto.

### **7.3. DIREITO REGULATÓRIO**

Como expusemos acima, a dinâmica e a velocidade observadas no desenvolvimento das atividades econômicas tendem a ser acompanhadas por uma

---

Pública com o intuito de se obter condições fiscais mais benéficas ou qualquer outra situação que envolva algum pleito de reconhecimento de direitos a tratamento diferenciado. Entendemos que nessas hipóteses caberá ao particular o ônus de provar que se encontra nas condições definidas pela Fazenda Pública para que faça jus ao tratamento fiscal pretendido. Dito isso, e de modo a nos mantermos fiéis às premissas e objetivos deste trabalho, estamos considerando apenas as ações movidas pelos particulares que tenham como objeto impugnar atos administrativos proferidos pelo fisco que atingiram a sua esfera de direitos.

ampliação das estruturas fiscalizatórias e punitivas da Administração Pública. No contexto da substituição do Estado como agente econômico direto por uma consolidação do modelo de Estado regulador, as Agências Reguladoras foram criadas no Brasil a partir da década de 1990, tendo como função precípua estabelecer diretrizes (mediante o seu poder normativo) para as atividades econômicas em setores estratégicos, que a partir dali passaram a ser desempenhadas por pessoas de direito privado<sup>239</sup>.

Além da atividade norteadora dos segmentos econômicos estratégicos, Alexandre Aragão destaca ainda como “poderes inerentes” à regulação, os “de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações”<sup>240</sup>. Não obstante, portanto, as inúmeras facetas já exercidas pelo direito administrativo sancionador sobre as relações em sociedade, o movimento de criação e consolidação das estruturas das Agências Reguladoras deu origem a mais um segmento de atuação para o exercício do poder punitivo estatal.

Refletindo a relevância da atuação estratégica das Agências, destacamos, apenas a nível federal, aquelas criadas para regular os setores de Energia Elétrica (ANEEL), Telecomunicações (ANATEL), Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Transportes Terrestres e Aquaviários (ANTT e ANTAQ), Aviação Civil (ANAC), Saúde Suplementar (ANS), Águas (ANA) e Mineração (ANM). A nível estadual e municipal, e considerando também os processos de desestatização de atividades econômicas observados nos demais entes federativos, por certo que as Agências se multiplicam (em especial, para regular a prestação de serviços públicos concedidos à iniciativa privada)<sup>241</sup>.

Considerando as suas finalidades precípua e a atuação sobre segmentos econômicos estratégicos e indispensáveis para a sociedade, uma das características

---

<sup>239</sup> Sobre a função do Estado “que decide retirar-se da intervenção econômica direta”, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>240</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 27.

<sup>241</sup> Além das Agências, tradicionalmente conhecidas, Fábio Medina Osório destaca, ainda, como entidades dotadas de poderes sancionadores as chamadas “corporações de Direito Público”, responsáveis pela fiscalização de determinadas atividades profissionais “revestidas de interesse público”, e que possuem competência legal para impor sanções administrativas. Aponta como exemplos, colégios profissionais de advogados (OAB), engenheiros e arquitetos (sistema CREA-CONFEA), médicos (CRM) e odontólogos (CRO). (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 99-102)

marcantes das Agências Reguladoras é o seu caráter técnico, na medida em que são entidades executoras de políticas públicas setoriais fixadas pela legislação, e, em alguns casos, também por órgãos de governo competentes – no setor de energia, por exemplo, destacamos o papel do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), criado pela Lei nº. 9.478/97. Esse caráter técnico das Agências Reguladoras foi devidamente reforçado pela Lei nº. 13.848/19 (denominada Lei Geral das Agências), que confere a essas entidades uma espécie de blindagem política ao garanti-las, por exemplo, a ausência de tutela ou subordinação hierárquica aos órgãos políticos, a autonomia funcional, administrativa e decisória, e, especialmente, a estabilidade do mandato de seus dirigentes<sup>242</sup>.

Por certo que essa particularidade técnica das Agências se reflete na condução de suas atividades, dentre as quais, aquelas envolvendo a sua competência normativa, decisória, bem como a fiscalizatória e sancionadora em face do agente econômico regulado<sup>243</sup>. Razoável, nesse contexto, a expectativa de que o atendimento dessa exigência legal esteja sempre acompanhado de um conjunto probatório que comprove e justifique a adequação técnica das medidas adotadas pelas Agências Reguladoras no exercício de suas competências, especialmente aquelas que possam de alguma maneira atingir a esfera jurídica dos agentes econômicos regulados.

Um outro aspecto da atuação das Agências Reguladoras que destacamos para os fins desse trabalho é o desafio na condução das tensões muitas vezes existentes entre o atendimento do interesse público que envolve as atividades reguladas e os interesses econômicos privados dos atores de mercado que executam essas atividades. Isto porque, embora se trate de atividades econômicas exercidas por agentes de direito privado e em ambiente de concorrência, não se pode perder de vista a sua essencialidade para a

---

<sup>242</sup> Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

<sup>243</sup> Nesse sentido, podemos destacar a obrigatoriedade imposta pela Lei nº. 13.848/19 em relação à elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR, pelas Agências Reguladoras, previamente ao exercício do seu poder normativo, com o detalhamento dos “dados e material técnico” que fundamentaram a proposta (arts. 6º, §5º, e 9º, §3º), a elaboração e publicidade de “notas técnicas” quando se tratar de propostas que não envolvam poder normativo (art. 10, 3º, II), e a elaboração de pareceres técnicos sobre temas dos setores regulados em que atuam, quando assim solicitado pelos órgãos de defesa da concorrência (art. 25, §2º).

sociedade (que permite o seu enquadramento como interesse público primário<sup>244</sup>), o que justifica inclusive a própria existência do ente regulador estatal como agente determinante para estabelecer as diretrizes e fiscalizar o seu atendimento pelo mercado – ao contrário das atividades econômicas não reguladas, que sujeitam os atores de mercado a um nível de intervenção estatal muito menor.

Embora não se trate, necessariamente, de uma regra, não é, por outro lado, incomum a existência de conflitos entre as diretrizes estabelecidas pelo ente regulador e os interesses dos agentes regulados, que demandem do regulador, no caso concreto, atuação pautada no equilíbrio e no juízo de ponderação necessários para que os interesses da coletividade e dos agentes econômicos possam conviver de maneira harmônica e juridicamente estável. Refletindo o reconhecimento da potencial existência dessas tensões, vale observar que as leis de criação das Agências, via de regra, estabelecem expressamente algumas balizas de interesse público a serem observadas pelo regulador na condução de suas atividades, as quais, acredita-se, devem também norteá-lo quando confrontado com situações concretas que possam, em alguma medida, comprometer o atendimento dos interesses da coletividade<sup>245</sup>.

Nesse sentido, confira-se, a título exemplificativo, as disposições da Lei nº. 9.478/97 (Lei do Petróleo), contidas já no seu art. 1º, que estabelecem como objetivos da política nacional para o aproveitamento energético, a preservação do interesse nacional, a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos, a proteção do meio ambiente, a garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, dentre outros parâmetros em benefício da coletividade<sup>246</sup>. A Lei deixa expresso, ainda, se tratar de competência da Agência

---

<sup>244</sup> Sobre o tema, fazemos referência às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a distinção entre interesse público primário e secundário, para quem, em síntese, o primeiro envolve a coletividade, a razão de ser do Estado, enquanto o secundário se relaciona com os interesses das pessoas jurídicas de direito público que compõem a estrutura do Estado. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35 ed. São Paulo: Juspodivm, 2021).

<sup>245</sup> Interesses da coletividade que, como bem destacado por Alexandre Aragão, devem estar “fixados no ordenamento jurídico”, e não se confundir com “um interesse público geral e metafísico”.

<sup>246</sup> Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

- I - preservar o interesse nacional;
- II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;
- III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
- IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

Reguladora (no caso, a ANP), a implementação da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I da Lei<sup>247</sup>. Em sentido semelhante, a Lei nº. 9.472/97, por meio de seu art. 5º, estabelece que nas “relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.”<sup>248</sup>

Além da fixação de balizas de interesse público que devem nortear o regulador na condução de suas atividades, vale ainda o destaque para o fato de as mesmas leis atribuírem às Agências um lastro de competência considerável para a

---

V - garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal;

VI - incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;

VII - identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

VIII - utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;

IX - promover a livre concorrência;

X - atrair investimentos na produção de energia;

XI - ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

XII - incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

XIII - garantir o fornecimento de biocombustíveis em todo o território nacional.

XIII - garantir o fornecimento de biocombustíveis em todo o território nacional.

XIV - incentivar a geração de energia elétrica a partir da biomassa e de subprodutos da produção de biocombustíveis, em razão do seu caráter limpo, renovável e complementar à fonte hidráulica.

XV - promover a competitividade do País no mercado internacional de biocombustíveis.

XVI - atrair investimentos em infraestrutura para transporte e estocagem de biocombustíveis.

XVII - fomentar a pesquisa e o desenvolvimento relacionados à energia renovável.

XVIII - mitigar as emissões de gases causadores de efeito estufa e de poluentes nos setores de energia e de transportes, inclusive com o uso de biocombustíveis.

<sup>247</sup> Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

(...)

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

<sup>248</sup> Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

regulação dos respectivos mercados. Ao apontar a “*baixa densidade normativa*” das Leis “repletas de *standards*”, como mecanismo necessário de dinamismo do Direito Administrativo Econômico, Aragão dá luz à consequência de que “as determinações regulatórias vão ser feitas em grande monta em sede administrativa e, em sede Judicial, revendo, a sede administrativa regulatória quando esta tiver agido em violação às regras e princípios da Administração Pública.”<sup>249</sup>. Logo, se, por um lado, as leis que instituem as Agências estabelecem parâmetros relevantes de interesse público que devem nortear os objetivos e soluções a serem buscadas pelo ente regulador, por outro, conferem uma competência dilatada, que, se mal exercida, potencializará as possibilidades de conflito entre regulador e mercado regulado.

Não obstante a relevância da busca pelas soluções que mais se aproximem de um consenso, mediante a utilização das diversas ferramentas disponíveis legalmente aos entes reguladores para esse fim<sup>250</sup>, por certo que não se trata de uma tarefa fácil. Reforçando, entretanto, essa diretriz na atuação das Agências Reguladoras, Aragão destaca que uma “característica marcante do Direito Público econômico contemporâneo é a *consensualização*, ou seja, na medida do possível, como são muitas e contraditórias as finalidades e os interesses envolvidos, deve-se buscar, na medida do possível, a compatibilização entre eles, compatibilização esta que, em estado ideal, alcança o consenso.”<sup>251</sup>.

Ao tratar do que chamou de “pluralidade de interesses tutelados”, o autor faz ainda a importante ressalva de que “Não existe um interesse público abstratamente considerado que deva *a priori* prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma ‘supremacia do interesse público.’”<sup>252</sup>. Nesse contexto, e considerada a complexidade associada à consolidação e ao desenvolvimento de um

---

<sup>249</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do Petróleo e do Gás*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 31-32.

<sup>250</sup> Destacamos, nesse sentido, o importante papel das ferramentas de participação social e diálogo com o mercado regulado, conferidas pela Lei nº. 13.848/19 (como a disponibilização da Análise de Impacto Regulatório – AIR, e as Consultas e Audiências Públicas que antecedem a edição de atos normativos que possam impactar a esfera de direitos dos agentes regulados), bem como a proceduralização dos processos administrativos, que impedem a prática de atos arbitrários pelo regulador, favorecendo assim o diálogo e o respeito aos direitos envolvidos.

<sup>251</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do Petróleo e do Gás*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 32.

<sup>252</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 139.



modelo de Estado regulador (ainda incipiente, historicamente falando), natural que se observe algum grau de litigiosidade nas relações entre as Agências Reguladoras e os particulares executores das atividades econômicas reguladas.

A sensibilidade dos segmentos econômicos regulados, associada à autonomia funcional e orçamentária das Agências, permite que se observe ainda a existência de estruturas fiscalizatórias mais robustas e tecnicamente capacitadas por parte das Agências, se comparadas àquelas disponibilizadas pelo Estado para a fiscalização de atividades não reguladas. E a maior presença do Estado no acompanhamento e fiscalização das atividades, além de contribuir para o desenvolvimento salutar dos mercados regulados, eleva também as potencialidades de conflitos com os agentes econômicos.

Dado esse contexto, podemos apontar que o direito regulatório constitui um ambiente em que o processo administrativo sancionador ganhou notoriedade, como fórum de resolução de conflitos entre as Agências e os atores econômicos regulados. E, não raras vezes, esses conflitos – especialmente aqueles que envolvam atos sancionadores – terminam no Poder Judiciário, como objeto de ações anulatórias propostas pelo particular em face da Agência Reguladora (que, como autarquias especiais, estão inseridas no conceito de Fazenda Pública).

Para demandas dessa natureza, mais uma vez, o ônus da prova nos parece um elemento relevante a ser considerado, na medida em que, na esfera administrativa, e pelo que já se viu, não há dúvidas em se afirmar que caberá ao ente regulador a produção das provas necessárias para caracterizar a infração e, assim, justificar a edição do ato sancionador. E, da mesma forma que o exposto em relação às demais áreas do direito material até aqui destacadas, não nos parece razoável se exigir que, quando a discussão supere os limites do processo administrativo para se tornar objeto de um processo judicial, ocorra uma inversão da lógica probatória para que se atribua ao particular a incumbência de produzir o conjunto probatório necessário ao deslinde da causa, independentemente de uma avaliação no caso concreto sobre se, de fato, seria ele a parte em melhores condições de fazê-lo.

Não obstante a já vista insuficiência da regra geral de distribuição do ônus da para a resolução de toda sorte de litígios – e prova disso são os mecanismos de inversão e dinamização já positivados em nosso ordenamento processual –, no contexto do

processo que envolva matéria regulatória a preocupação com o ônus probatório nos parece merecedora de uma atenção destacada. Dentre os fatores que explicam essa afirmativa, vale reiterar que as Agências Reguladoras possuem como característica marcante a sua atuação técnica, e em segmentos econômicos sensíveis e complexos. Logo, pela própria natureza das atividades reguladas, não se trata de fiscalizações sobre questões triviais da vida em sociedade, que poderiam ser desempenhados por órgãos desprovidos de profunda e notória especialização setorial.

Não se pode confundir, por exemplo, a complexidade técnica de uma fiscalização no segmento de exploração e produção de petróleo, ou de uma questão de segurança operacional na aviação civil, com aquela exercida pelo ente municipal envolvendo estacionamento irregular de veículos em vias públicas. Trata-se de um nível de complexidade que demanda da Administração Pública uma atuação alinhada a esse desafio, como premissa para que os seus atos sejam proferidos em consonância com os parâmetros de legalidade – aqui, não apenas em relação às regras legais aplicáveis a toda a Administração Pública, mas, especialmente, àquelas que regem a atuação de cada uma das Agências Reguladoras e suas particularidades.

Para efeitos da prova, a conclusão que se extrai dessa premissa é que as Agências Reguladoras devem, como condição de legalidade de seus atos, respaldá-los em elementos técnicos aferíveis e registrados no caso concreto – como, por exemplo, notas técnicas, laudos e relatórios de fiscalização detalhados. Especialmente quando se tratar de ato administrativo sancionador editado em face do agente econômico regulado, essa deveria ser, a nosso ver, uma condição imprescindível como medida de legalidade. Dito isso, nos parece difícil considerar situações no caso concreto em que, quando confrontado o ato sancionador em âmbito judicial, a Fazenda Pública esteja desincumbida de levar aos autos os elementos que comprovem os pressupostos de fato que justificaram a edição do seu ato, por se considerar o particular em melhores condições de fazê-lo.

Não obstante eventuais outras provas que possam vir a ser produzidas pelo particular, não nos parece adequado às particularidades do direito material regulatório a regra geral processual que exige que a integralidade do encargo probatório seja, de antemão, alocada no particular autor da ação. Caso contrário, estar-se-á, mais uma vez, diante do risco, não desprezível, de se atribuir ao particular a incumbência de provar um

fato negativo ou de difícil comprovação, quando estaria a Fazenda Pública em condições mais propícias para produzir a mesma prova exigida.

A título exemplificativo, confira-se precedente do TRF da 2ª Região, que, em ação movida por particular com o objetivo de anular auto de infração lavrado pela ANTT, manteve a sentença de improcedência sob o fundamento de que caberia ao autor da ação provar que não praticou a infração que lhe foi atribuída<sup>253</sup>. Ocorre que o autor da ação alegava que a infração apontada pela Agência Reguladora (responsabilidade do embarcador da mercadoria em caminhão que trafegava com excesso de peso) não poderia ter ocorrido, pois ele “jamais embarcou mercadoria no caminhão” da empresa transportadora fiscalizada pela Agência ré. Juntou, para isso, declaração de próprio punho do representante legal da empresa atestando a informação. Ao analisar a prova, o

---

<sup>253</sup> TRF2, Apelação nº. 0002422-94.2014.4.02.5001 5ª Turma Especializada, Des. Rel. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, julgado em 11/11/2015. Confira-se a íntegra da ementa: ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. EXCESSO DE PESO. MULTA. ART. 231, V, DO CTB. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO ILIDIDA. ARTIGO 333, I, CPC. HONORÁRIOS. DESPROVIMENTO. 1. O Código de Trânsito Brasileiro - CTB (Lei 9.503/97) disciplina a questão acerca da infração por excesso de peso no veículo (art. 231, V) e, ainda, sobre a responsabilidade do embarcador (art. 257, §4º), constituindo infração transitar com o veículo em peso acima do percentual de tolerância admitido. 2. **A Apelante limita-se a argumentar que os documentos apresentados bastariam à comprovação de que jamais embarcou a mercadoria em caminhão da empresa proprietária do veículo, e que a nota fiscal identificada no auto de infração não foi por ela emitida. 3. Os documentos exprimem, contudo, apenas declarações de particulares, que não desincumbem a Recorrente de comprovar o que neles se afirma. Isso porque “o auto de infração é ato administrativo que, enquanto tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao particular o ônus de demonstrar o que entende por vício”** (REsp 1108111/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 03/12/2009). 4. Inócua a alegação de que as simples declarações acostadas aos autos (de que a mercadoria nunca embarcou no veículo e que a nota fiscal não foi emitida pela empresa) já serviriam, por si só, à comprovação do que nelas se afirma, uma vez que compete ao interessado fazer prova do fato declarado, atestando sua veracidade, a teor do parágrafo único do art. 368 do CPC. 5. A empresa autuada não se desincumbiu do ônus que lhe competia, nos moldes do art. 333, I, CPC, já que não logrou desconstituir a veracidade das informações constantes do auto de infração que, conforme se aduz do procedimento administrativo colacionado aos autos, foi lavrado em estrita observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. 6. Tendo em vista ser a causa de pequeno valor, incide o artigo 20, §4º, do CPC, o qual determina que a verba honorária deverá ser arbitrada consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço. 7. Nessas hipóteses, a fixação da verba honorária não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado, como base de cálculo, tanto o valor da causa, quanto o valor da condenação, ou mesmo um valor determinado pelo julgador, levando-se em consideração o valor atribuído à causa, a complexidade da matéria, as dificuldades e o tempo despendido para a execução do trabalho, pelo que não se mostra exorbitante o valor de R\$ 2.500,00 a título de honorários, fixado pelo magistrado de piso. 8. Recurso de apelação desprovido. (grifou-se)

Tribunal sustentou que “Tais documentos exprimem, contudo, apenas declarações de particulares, que não desincumbem a Recorrente de comprovar o que neles se afirma.”

Ou seja, mesmo diante de uma hipótese clara de prova negativa, o Tribunal entendeu por bem privilegiar a presunção de legitimidade do auto de infração lavrado pelo ente regulador, apontando ainda que deveria o autor ter provado – não se sabe como, e tampouco foi dito na decisão – o conteúdo da sua declaração negativa. Concluiu assim, o Tribunal, que “a Apelante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, nos moldes do art. 333, I, CPC, já que não logrou desconstituir a veracidade das informações constantes do auto de infração que, conforme se aduz do procedimento administrativo colacionado aos autos, foi lavrado em estrita observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (fls. 59/74)”. Interposto o Recurso Especial, este não foi conhecido pelo STJ, sob a alegação de violação à Súmula 7/STJ (REsp 1.696.926/ES), tendo o acórdão transitado em julgado.

Note-se, não se está aqui defendendo que o autor da ação tinha razão ou mesmo que o conteúdo da sua declaração seria ou não verídica (sequer teríamos condições de chegar a essa conclusão, que é indistinta para as pretensões desse trabalho), entretanto, em se tratando de uma prova evidentemente negativa, e que a fiscalização foi realizada pela Agência Reguladora ré, o que chamamos a atenção é para o fato de o acórdão sequer ter considerado a possibilidade de a Fazenda Pública ter sido incumbida da necessidade de produzir as provas que se entendia necessárias para o devido esclarecimento dos fatos que motivaram a edição do ato sancionador. Optou o Tribunal por decidir o caso apoiando-se no mantra da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo e na regra geral de alocação do ônus da prova, ao invés de utilizar o mecanismo de distribuição do ônus da prova para se esclarecer os pressupostos fáticos que poderiam, sendo o caso, tê-lo levado a uma conclusão distinta em relação ao cometimento ou não da infração pelo autor da ação.

Por certo que não se trata de uma hipótese isolada. A produção probatória pode vir a constituir uma barreira inerente aos desafios que o particular enfrenta ao litigar contra a Fazenda Pública em juízo, especialmente, quando se trata de demanda proposta com o objetivo de impugnar ato administrativo sancionador de natureza técnica proferido por ente regulador.

Entretanto, reiteramos, não é a nossa proposta que nessas – ou em quaisquer outras – circunstâncias, o ônus da prova seja alocado indistintamente em desfavor da Fazenda Pública. O nosso propósito, fundamentalmente, é o de criarmos, através das balizas sugeridas, os alertas para as hipóteses que entendemos haver potencialidades para um desequilíbrio reforçado (ou seja, um desequilíbrio além daquele naturalmente já existente) entre as posições processuais do particular e da Fazenda Pública, para que, a partir daí, sejam analisadas as particularidades do caso concreto e constatada eventual necessidade de adequação da alocação do ônus probatório.

E, dadas as questões aqui colocadas, nos parece haver em matéria regulatória oportunidades não desprezíveis para que o instituto da dinamização do ônus da prova seja utilizado nas demandas propostas pelos particulares contra a Fazenda Pública com vistas a impugnar ato administrativo sancionador. Constatado no caso concreto que a Agência Reguladora ré se encontra em melhores condições de produzir o conjunto probatório necessário ao adequado esclarecimento dos fatos sobre os quais se fundam a controvérsia, não nos parece haver dúvidas de que sobre ela deva recair o ônus da prova e os riscos processuais de sua não produção.

## **CAPÍTULO 8. ANÁLISE DE PROPOSTAS NORMATIVAS**

O presente capítulo tem por objetivo analisar brevemente como o tema do ônus da prova foi tratado em duas relevantes propostas de evolução do sistema jurídico-normativo do país, elaboradas por algumas das mentes mais brilhantes do processo civil brasileiro.

A primeira proposta a ser destacada é o Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, da UERJ, sob a coordenação do Professor Leonardo Greco, que enfrenta de maneira corajosa os desafios envolvendo o ônus da prova das demandas envolvendo a Fazenda Pública.

A segunda proposta tratada consiste no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que traz importante contribuição sobre a evolução do tratamento do ônus da prova no processo coletivo.

## **8.1. ANTEPROJETO DE REFORMA DO DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Coordenado pelo Professor Leonardo Greco, o Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro é o resultado de um trabalho de fôlego desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, concluído no ano de 2014, e que propõe uma sistematização das disposições sobre o tema das provas no processo civil.

Conforme destacado pelo autor no trabalho em que apresentou o Anteprojeto à comunidade acadêmica<sup>254</sup>, e que constitui verdadeira exposição de motivos do Anteprojeto, este possui como uma de suas premissas teóricas principais o entendimento das provas como um elemento de busca da “verdade fática”, sendo esta um “pressuposto do acesso à tutela jurisdicional efetiva”.

Criticando o “artificialismo normativo” que, segundo o autor, ainda sobrevive no ordenamento jurídico brasileiro, afirma que “A busca da verdade por meio das provas adota, portanto, significados garantístico e político e o sistema normativo não pode constituir obstáculo que dificulte a reconstrução objetiva dos fatos.”. Como já visto no decorrer desse trabalho, não há dúvidas do nosso alinhamento à essa premissa, que, apesar das reconhecidas dificuldades de concretização na realidade do processo, reputamos essencial como objetivo a ser ao menos buscado.

De início, destacamos a salutar proposta do Anteprojeto de caracterizar a dinamização do ônus da prova como regra, e não a exceção. Aponta, assim, a necessidade de se abandonar a vinculação do ônus da prova à posição processual das partes e à natureza dos fatos alegados, devendo ser adotado “o princípio da carga dinâmica, imputando o ônus probatório à parte com mais facilidade de acesso à prova e desde que, para esta, não constitua encargo de impossível cumprimento.”. Afinal, conclui, “não só os fatos geradores do direito material das partes, mas também aqueles

---

<sup>254</sup> GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – Primeira parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 240, 2015, p. 61-136.

que atestam o preenchimento dos pressupostos processuais e das condições da ação, dependem de prova e devem, na dúvida, sujeitar-se às regras de distribuição do ônus da prova.”.

Dessa forma, e considerando ainda a “dificuldade insuperável de efetuar uma distribuição em abstrato do ônus da prova, particularmente em decorrência da fragilidade de quem vem a juízo”, dispõe o Anteprojeto:

Art. 12. Em regra, recai sobre cada uma das partes o ônus de propor e produzir as provas dos fatos por ela alegados.

§1º Quando uma das partes tiver mais facilidade de acesso à prova, ser-lhe-á atribuído o ônus de produzi-la. Se, para a parte que interesse a prova do fato, a sua produção for excessivamente onerosa, o juiz deverá impor à outra parte o ônus da sua produção ou da prova contrária, se esta tiver mais possibilidade de fazê-lo.

§2º A decisão sobre a distribuição do ônus da prova será fundamentada, observado o contraditório e assegurada ampla oportunidade de desempenho adequado do ônus pela parte à qual for ele atribuído, não podendo ser instrumento que coloque uma das partes em posição de nítida vantagem em relação à outra no acesso à tutela jurisdicional do seu interesse ou que sujeite esta última a encargo de impossível cumprimento.

§3º Se nenhuma das partes tiver possibilidade de acesso à prova do fato relevante ou da sua existência, caberá ao juiz determinar de ofício ou a sua produção, nos termos do art. 11, para dirimir a dúvida.

Não obstante a relevância de inúmeros aspectos da proposta, que, por certo, demandariam análise detida, destacamos a seguir, para os fins a que esse trabalho se propõe, como foi tratada a alocação do ônus da prova nas demandas envolvendo a Fazenda Pública.

Alinhado, de certa forma, às premissas até aqui expostas em relação às preocupações envolvendo o desequilíbrio entre as posições processuais do particular e da Fazenda Pública, aponta Leonardo Greco ser “constante preocupação do anteprojeto a disciplina do modo de incidência das suas regras sobre as causas do Estado.”. Nesse sentido, e reconhecendo que o Estado, independentemente da sua posição como autor ou como réu, “se encontra em posição mais favorável para justificar o preenchimento dos pressupostos legais dos seus próprios atos.”, propõe o Anteprojeto que:

Art. 14. No litígio que verse sobre a validade do ato administrativo, incumbe ao Estado o ônus da prova da sua causalidade adequada.

Não obstante a redação do dispositivo dê luz ao problema, especialmente quando se tratar de ação movida pelo particular para impugnar ato administrativo sancionador, entendemos que a solução proposta nos parece um tanto drástica. Como já exposto neste trabalho, a preocupação com o equilíbrio processual das partes deve ser considerada não apenas na análise da problemática, mas também das soluções propostas. E, apesar de até mais singela, nos parece que a proposta do Anteprojeto de transferir integralmente o ônus probatório para a Fazenda Pública poderá acarretar desequilíbrios e injustiças em desfavor desta, nas hipóteses em que se verificar no caso concreto que era o particular, autor da ação, quem se encontrava em melhores condições para produzir a prova.

Sem prejuízo de reconhecemos a proposta contundente (e, até mesmo corajosa) para o problema, entendemos que a melhor solução, por mais trabalhosa e de difícil implementação que seja na nossa cultura processual, ainda é aquela que considera as particularidades do caso concreto para, com base em fundamento normativo já positivado em nosso ordenamento processual, decidir pela alocação do ônus probatório à parte que se mostrar em melhores condições de suportá-lo.

Em se tratando de ações movidas pelo particular contra a Fazenda Pública com o objetivo de impugnar ato administrativo sancionador, vimos acima que há um campo bastante fértil para a adoção dessa solução no caso concreto como medida relevante de reequilíbrio processual.

## **8.2. ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS**

Por fim, e ainda que não se trate especificamente de proposta voltada ao tratamento da demanda envolvendo a Fazenda Pública, ao falarmos de propostas de revisão normativa sobre as regras de alocação do ônus da prova, não podemos deixar de fazer referência ao trabalho coordenado pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que deu origem ao Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, e que, com certa dose de pioneirismo, apontou a direção que o tema do ônus da prova tomaria anos à frente quando da edição do Código de Processo Civil de 2015.



Tendo como propósito uma modernização do tratamento processual do processo coletivo, o Anteprojeto, apresentado no ano de 2007, foi inspirado no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – que contou também com as contribuições dos três Professores mencionados –, e propôs avanços relevantes em diversos aspectos sobre a matéria. Dentre as propostas voltadas a propiciar melhorias “do acesso à justiça, da economia processual e judicial, da preservação do princípio da isonomia e do equilíbrio entre as partes na relação processual”<sup>255</sup>, o Anteprojeto estabeleceu, em relação ao ônus da prova, que:

“Art. 11. *Provas* – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§1º Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do art. 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (art. 25, §5º, inciso IV).

Em que pese a referência ao art. 333, do CPC (ainda o de 1973), uma leitura contextualizada da proposta e sua exposição de motivos não deixa dúvidas de que se tratou a proposta de buscar um saudável avanço em relação à regra geral da distribuição estática para se considerar a possibilidade de dinamização do ônus probatório nas ações coletivas quando se identificar que uma das partes se encontra em melhores condições, ou possuir “maior facilidade em sua demonstração”<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> MENDES, Aluisio de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 17.

<sup>256</sup> Sobre demais aspectos relativos à dinamização do ônus da prova no Anteprojeto, ver: MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos*

## CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objetivo fundamental analisar como o instituto da dinamização do ônus da prova, recém positivado em nosso ordenamento processual, pode representar uma ferramenta importante para o reequilíbrio das posições processuais do particular e da Fazenda Pública em juízo. Não obstante as valiosas obras produzidas até aqui na doutrina processual para auxiliar a melhor compreensão e aplicação do instituto, nos parece que esse ângulo de abordagem merecia alguma contribuição adicional.

Para atingirmos esse objetivo, e, a partir dele, provocarmos as reflexões esperadas no leitor sobre o tema, precisamos transcorrer um caminho que passou pela fixação de algumas premissas relevantes, relacionadas não apenas a institutos típicos do direito processual, mas também a questões tradicionalmente estudadas pela doutrina de direito material. Considerando a natureza e as particularidades da Fazenda Pública, foi necessário nos arriscarmos, especialmente, em temas típicos do direito administrativo, passando, ao final do trabalho, por questões associadas ao direito tributário, ambiental e regulatório. Em que pese esse caminho, digamos, não trivial para um trabalho acadêmico de natureza processual, entendemos que essa abordagem, propositadamente multidisciplinar, poderá contribuir para que o propósito dessa dissertação possa ecoar sobre uma camada variada da comunidade acadêmica, e, conseqüentemente, ampliar as oportunidades para que resulte em efeitos concretos na prática processual.

Para tal, iniciamos a nossa jornada em uma primeira Parte, em que fixamos uma premissa conceitual, na nossa visão, fundamental, não apenas para esse trabalho, mas para as próprias bases sobre as quais a ciência e a prática processual brasileira se encontram atualmente inseridas. Trata-se do modelo de processo civil cooperativo, fixado em posição de destaque no Código de Processo Civil de 2015<sup>257</sup>, e que, como

---

*Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254-262; e ABELHA, Marcelo. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 244-253.

<sup>257</sup> Nos referimos ao Título Único, do Livro I, no qual o art. 6º se encontra inserido, e que trata das normas fundamentais do processo civil.

tivemos a oportunidade de expor, possui conexão direta com o tema das provas, alterando, por exemplo, questão fundamental relativa ao entendimento sobre os destinatários das provas – agora não mais apenas o juiz, mas as próprias partes, e também dando contornos relevantes sobre a relevância e os limites da tão propagada “comunidade de trabalho” e os mecanismos a ela disponibilizados para que se atinja o melhor resultado da instrução probatória dos fatos alegados sobre os quais recairá a decisão de mérito. Podemos dizer que, na nossa visão, esse seria um dos principais resultados concretos do modelo de processo cooperativo.

Na sequência, tratamos de questões conceituais indispensáveis para qualquer análise acadêmica que se proponha a abordar o tema das provas. Começando pelo próprio conceito de prova, incluindo sua relevância e objetivos no processo, destacamos a conexão lógica entre prova e verdade. Tema difundido pela doutrina tradicional italiana, e refletido nas estruturas mais basilares da ciência processual brasileira, vimos que a busca pela verdade deve ser um objetivo perseguido pelos atores processuais, o que se faz através das provas e sua produção. Questão intimamente ligada aos objetivos do presente trabalho, a veracidade das premissas fáticas sobre as quais deve residir a aplicação das normas de direito material no julgamento de mérito é, talvez, o grande ponto onde se quer aqui chegar.

Evoluindo nas nossas premissas metodológicas, analisamos os aspectos relativos ao principal instituto tratado nesse trabalho: o ônus da prova. Partindo da definição do seu conceito, passamos pela distinção entre o ônus e dever de provar, pelo tratamento dos seus aspectos objetivo e subjetivo, para assim chegarmos à análise sobre como o ônus da prova foi tratado no Código de Processo Civil de 2015. Aqui, destacamos a manutenção (ou continuidade) da tradição italiana de distribuir o ônus da prova a partir da natureza dos fatos alegados (se constitutivos, modificativos ou extintivos do direito), e alertando para uma premissa conceitual indispensável aos objetivos que esse trabalho se propõe: a insuficiência da regra geral de alocação do ônus da prova como medida de adequação e justiça à toda sorte de litígios. Dada a ampla variedade e distintas complexidades dos litígios em sociedade, era premente que fosse admitido em nosso ordenamento uma forma, senão alternativa, ao menos complementar de distribuição do ônus da prova.

Nesse contexto, demos luz à festejada positivação no Código Civil de 2015 da distribuição dinâmica do ônus da prova. Tendo como fundamento axiológico propiciar uma melhor justiça na alocação do ônus probatório (e riscos associados) às partes, e, claro, propiciar ao final da fase de instrução a reunião de um melhor conjunto probatório disponível às partes e ao juiz, a distribuição dinâmica passa a constituir um instrumento essencial para que, finalmente, o juiz tenha condições de alocar o ônus de provar à parte que se encontrar em melhores condições de fazê-lo, sempre em observância às condições e particularidades do caso concreto.

Entendida a evolução do tratamento das regras de distribuição do ônus da prova que resultaram na admissão formal da possibilidade de sua dinamização, passamos a tratar na segunda Parte do trabalho de problema, a nosso ver, histórico e estrutural do direito brasileiro, e que se conectará mais à frente diretamente com o mecanismo de alocação do ônus da prova já tratado. Nesse sentido, fixamos como outra premissa relevante para o nosso trabalho a constatação da posição privilegiada da Fazenda Pública. De início, vimos como esse tratamento privilegiado se reflete, em âmbito processual, por meio das prerrogativas processuais, que atribuem à Fazenda Pública uma série de vantagens, observadas em praticamente todas as etapas do processo, que a coloca em uma posição, a nosso ver, de flagrante desequilíbrio em relação ao particular. Não por outra razão, apontamos que tais prerrogativas, dada a sua extensão e profundidade, deveriam ser encaradas como privilégios, comprometendo severamente o valor constitucional da isonomia e da paridade de armas em relação ao particular – historicamente tratado em posição de inferioridade em relação ao Estado.

Não bastassem as prerrogativas de natureza processual, e, aqui nos arriscando ao enfrentamento de temas que são tratados com muito mais competência pela doutrina administrativista, vimos que a Fazenda Pública goza ainda de outro privilégio, agora de natureza material, consignada na presunção de legitimidade e veracidade dos seus atos. Conceitualmente, trata-se de instituto típico do direito administrativo que garante à Fazenda Pública alguma estabilidade, muitas vezes necessária, para o desenvolvimento de suas finalidades através de atos que constituem suas atividades cotidianas. Na prática, entretanto, o pressuposto da referida presunção constitui muitas vezes uma barreira intransponível a ser enfrentada pelo particular que pretende desconstituir o ato administrativo que de alguma forma atingiu a sua esfera de direitos.

Partindo dessas duas ordens de tratamento privilegiado do Estado, e considerada ainda a já vista regra geral de alocação estática do ônus da prova, fixamos a premissa fundamental da segunda Parte do trabalho: o desequilíbrio da posição da Fazenda Pública em juízo em relação ao particular. Apontamos, assim, se tratar de tarefa hercúlea do particular litigar em juízo contra a Fazenda Pública, quando precisará enfrentar inúmeros tratamentos processuais diferenciados em favor sua contraparte, combater uma presunção de legitimidade e veracidade dos seus atos – que, nos arriscamos a dizer, exerce uma presença muito constante na mentalidade de nossos Tribunais –, e, apesar de todo esse cenário nada trivial, quando estiver na condição de autor da ação, ainda recairá sobre ele, via de regra, o ônus de provar os fatos sobre os quais incidirá a decisão de mérito. Dado esse cenário, que, como dito, envolve questões de natureza processual e material, podemos dizer que não se mostra nada fácil a vida do particular que precisa litigar contra a Fazenda Pública, por estar aquele, em nosso entender, em posição de manifesto desequilíbrio processual.

Fixada essa premissa essencial para os fins do trabalho, damos continuidade à nossa jornada iniciando a terceira Parte, que, diante dos problemas até ali colocados, se propõe a apresentar uma solução que possui o condão de buscar o reequilíbrio das posições processuais do particular e da Fazenda Pública. Aponta-se, assim, a utilização do instituto da dinamização do ônus da prova como mecanismo fundamental para se propiciar uma justiça na distribuição do ônus da prova, de modo que seja efetivamente considerada a alocação do ônus probatório à Fazenda Pública, nas hipóteses em que ela se encontrar comprovadamente em melhores condições de produzir o conjunto probatório. Ao receber o encargo probatório, e os riscos a ele associados, entendemos que o particular retoma uma posição mais próxima do que se poderia considerar um equilíbrio processual, além de se mitigar os riscos de que decisões de mérito sejam proferidas desconectadas da realidade dos fatos, ou mesmo que se escore unicamente no ônus da prova como critério de julgamento (aspecto objetivo). Não obstante, podemos dizer, uma longa tradição da nossa prática processual nesse sentido, entendemos que as bases contemporâneas do processo nos permitem ir além.

Partindo, portanto, da identificação da dinamização do ônus da prova como elemento essencial na busca por esse reequilíbrio, e servindo também como um instrumento de fomento à prolação de decisões de mérito e pautadas na verdade dos

fatos, e, portanto, mais justas, fazemos o alerta de que não se trata, a nosso ver, de toda e qualquer demanda envolvendo o particular e a Fazenda Pública que demandaria o manejo diferenciado do ônus da prova como mecanismo adequado para se buscar a paridade de armas aqui pretendida.

Para auxiliar nesse desafio, propusemos algumas balizas, ou parâmetros, para que se identifiquem no caso concreto as situações que demandam, a nosso ver, uma atenção (para não dizer um alerta) maior de probabilidades de que a posição diferenciada da Fazenda Pública resulte em injustiças cometidas contra o particular, caso não se considere a real possibilidade de sobre ela se alocar o ônus de provar. Partindo desse objetivo, identificamos como primeira baliza as situações em que a Fazenda Pública se encontre no polo passivo das demandas movidas pelo particular, visto que é na condição de autor que, nos parece, as distorções de tratamento processual e material se revelam com mais notoriedade, na medida em que nessas circunstâncias caberá ao particular, via de regra, o ônus de produzir o conjunto probatório para combater o ato administrativo presumidamente legítimo e verdadeiro, independentemente de qualquer análise prévia que ateste a sua possibilidade ou não de fazê-lo, ou mesmo se se encontrava nas melhores condições para tanto.

Em seguida, apontamos como baliza de referência a aplicação do instituto nas demandas que envolvam a pretensão do particular de impugnar judicialmente atos administrativos de natureza sancionadora. Isto porque, em breves linhas, cabe à Administração Pública a constatação inequívoca da veracidade dos pressupostos fáticos que justifiquem a manifestação do poder estatal sobre a esfera jurídica do particular. É ao menos o que se espera em um ambiente inserido em um Estado de Direito. Logo, seria razoável de se propor que, o mesmo ente que tenha produzido o conjunto probatório para fundamentar os seus atos, seja capaz de prová-lo ao receber o encargo processual de fazê-lo. Por fim, apontamos como última baliza que pode sugerir a necessidade de um cuidado adicional na alocação do ônus da prova, as demandas que envolvam direitos fundamentais do particular. Nessas circunstâncias, e sempre guardadas as particularidades do caso concreto, nos parece que a dinamização do ônus da prova poderia ser uma ferramenta relevante de reequilíbrio das partes.

Vistas as três balizas sugeridas, fazemos o alerta que, não necessariamente a dinamização do ônus da prova deveria ser considerada apenas quando presentes as três

situações estivessem presentes. Por certo que cada uma delas, isoladamente, poderá justificar a adoção do instituto como medida de reequilíbrio das posições processuais, entretanto, nos parece que, quanto mais elementos estiverem presentes, maiores as probabilidades de alguma injustiça ser cometida em face do particular, caso as partes e o juiz não se atendem à uma eventual necessidade de manejo do ônus probatório.

Dando materialidade aos fins propostos pelo trabalho, damos luz às hipóteses envolvendo questões de direito material relativas às áreas tributária, ambiental e regulatória, em que nos, diante das particularidades apontadas, nos parece haver um campo bastante fértil a ser explorado para a utilização da dinamização efetiva da dinamização do ônus da prova como medida concreta e efetiva de reequilíbrio das posições processuais do particular e da Fazenda Pública.

Por fim, e reconhecendo as contribuições brilhantes de autores que certamente integram um lugar de destaque na nossa ciência processual, comentamos brevemente trabalhos de fôlego que propuseram dar um tratamento, àquela altura, inovador e corajoso, à problemática da distribuição do ônus da prova, e cujas propostas se conectam com os propósitos desse trabalho.

Pretendemos, assim, dar a nossa singela contribuição à ciência processual brasileira, tendo sempre como parâmetro e objetivos essenciais a busca pela isonomia, a paridade de armas e a justiça das decisões.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. “Breves considerações sobre a prova nas ações coletivas ambientais”, in: *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. LEITE, José Rubens Morato; BUZAGLO, Marcelo Dantas (Coords.). 3 ed. São Paulo: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. Coleção: o novo processo civil. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (coord.); MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na Arbitragem*. São Paulo: Singular, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda; MARINS, James. Processo Tributário. In: *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário*. Alvim, Teresa Arruda (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANDRADE, Carolina Castro. *Responsabilidade por queima de palha*. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito do Petróleo e do Gás*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 54, n. 343, 2006.

ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular’. *Revista Trimestral de Direito Público*, n 24, São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35 ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.



\_\_\_\_\_. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico. *Revista de Direito Público*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 45-47.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 56.

\_\_\_\_\_. Juízo de retratação e reexame obrigatório em segundo grau. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, p. 60-66, 1997.

\_\_\_\_\_. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. *Temas de Direito Processual*. Saraiva, 2007, p. 199-210.

BEZERRA, Luiz Gustavo Escorcio. Direito ambiental econômico: mercado como instrumento do meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BINEMBOJM, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 12, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BUENO, Cassio Scarpinella. A emergência do Direito Público Processual, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, v. 57, 1962, p. 113-140. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398/69008>. Acesso em 16/04/22.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 31. 2005.

\_\_\_\_\_. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 235.

CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.

CARDOSO, Oscar Valente. O Ônus da Prova nos Juizados Especiais Federais Cíveis, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, n.64, São Paulo: Ed. Dialética, 2008, p. 75 e 76.)

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1017.

CARVALHO, Paulo de Barros. A Prova no Procedimento Administrativo Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 34, São Paulo: Dialética, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1943.

\_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile*. 3 ed. Napoli: Jovene, 1965, p. 789

COUTO, Camilo José d'Avila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, 17 ed. Rio de Janeiro: Dialética, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*, Ed. Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. BOMFIM, Daniela. Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 125-138.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Reforma da Reforma*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 126-127.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo – Presunção de validade e a questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

FREITAS, Vladimir de Passos. *Direito administrativo e meio ambiente*. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Editorial Labor, 1936.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del proceso*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, n. 35. Brasília: CEJ, 2006.

\_\_\_\_\_. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*. n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. As garantias fundamentais do processo na Execução Fiscal. In: *Execução Civil: aspectos polêmicos*. LOPES, João Batista, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (Org.). São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. v. 4. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2000

\_\_\_\_\_. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – Primeira parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas

Processuais” Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 240, 2015.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Ronaldo Kochem (trad.). *Revista de Processo*. v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_. *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationmaxime*). *Revista de Processo*, v. 251, 2016.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: Direito Probatório. DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coords.). Salvador: Juspodivm, 2015

\_\_\_\_\_. *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 204, 2012.

LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. Algumas considerações a propósito do Anteprojeto de Lei sobre Contencioso Administrativo Fiscal. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (Org.). *Diálogos Póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de., PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: JusPosivm, 2016.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAIA, Alberto Jonathas. Fazenda pública e arbitragem: do contrato ao processo. Salvador: JusPodivm, 2020.

MALAGÓ, Fábio Machado. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARCASSA FILHO, André Luiz. *Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.;

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: Direitos fundamentais do contribuinte. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito*

*processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. (Org.). Colaboração no Processo Civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo com Lenio Streck. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 194, 2011.

MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. 5 ed. São Paulo: Typographia Academica S. Paulo, 1936.

MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. *in: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 44, p. 179-212, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7 ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020, p. 444.

\_\_\_\_\_. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?. *In: RDA 220*: Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo sancionador*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.

PALMITESTA, Mariana Aravenchia. *Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatórias dinâmicas. *In: PEYRANO, Jorge W.; LÉPORI WHITE, Inés (Org.). Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004.

\_\_\_\_\_. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. *In: O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M et al. (Coords.). *Las responsabilidades profesionales*. La Plata: LEP, 1992.

\_\_\_\_\_. *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PIRES, Cristiane Pedroso. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

RODRIGUES, Flávia Benzatti Tremura Polli. *Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. v.2. Angela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1955.

\_\_\_\_\_. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: EJEA. 1956.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de interesse público, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*. BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Presunções simples e indícios no processo administrativo fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Processo Administrativo Fiscal*. 2º v. São Paulo: Dialética, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09 de julho de 2022.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverí da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. LEITE, José Rubens Morato; BUZAGLO, Marcelo Dantas (Org.). 3 ed. São Paulo: Forense, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de; LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 99, p 101, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Direito Processual Público: o Direito Processual e o Direito Administrativo. in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*. BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. In: *Revista de Processo*. n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*; tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

\_\_\_\_\_. *A prova*. João Gabriel Couto (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Jordi Ferri Beltran (trad.). Madrid: Trotta, 2005

THEODORO JR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Prova. Princípio da verdade real. Poderes do juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, 1999.



\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil; justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 200, 2005.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Capítulo 8.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. in: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, BUENO, Cassio Scarpinella e SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.