

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: EXPERIÊNCIAS E PERCEPÇÕES

Nuno Roberto Coelho Pio¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Quebra de um paradigma: produção da prova e convencimento de (eventual) julgador; 2.1. Noção moderna de processo e novos destinatários da prova; 2.2. Novas premissas para a compreensão do instituto da prova; 3. Direito Autônomo à prova e processo administrativo; 3.1. Processo administrativo é processo; 3.2. Releitura das provas produzidas no processo administrativo à luz do Direito Autônomo à prova; 4. Há espaço para produção antecipada de provas em controvérsias envolvendo a administração pública?; 5. Conclusão; 6. Agradecimentos; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo investiga a produção antecipada de provas em controvérsias envolvendo a Administração Pública. A análise centra-se na consagração do direito autônomo à prova, superando a visão tradicional de que esta serve exclusivamente ao convencimento do julgador em um dado e específico processo. Distingue-se o direito à prova – em que as partes são destinatárias imediatas da prova, para avaliar chances e condutas – do direito de provar, estritamente voltado a instruir a decisão em um processo já instaurado. Essa mudança paradigmática reflete-se diretamente no processo administrativo. Nele, o particular exerce, a um só tempo, o direito de provar para influir na decisão administrativa e, conjuntamente com a própria Administração, o direito à prova para formar seu próprio convencimento a respeito da

¹ Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador do Estado, integrante da Assistência de Arbitragens da PGE-SP.

controvérsia e pré-constituir elementos voltados à eventual jurisdição posterior. Consequentemente, defende-se que essa possibilidade probatória deve ser integralmente explorada tanto pelo particular como pela Administração. Conclui-se que o processo administrativo, quando adequadamente instruído sob essa ótica, torna-se o *locus* preferencial para a materialização desse direito, restando espaço limitado para a utilização de procedimentos autônomos de PAP no Judiciário ou na arbitragem.

Palavras-chave: Prova Antecipada. Processo Administrativo.

1. INTRODUÇÃO

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 2.023.615, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze e julgado em março de 2023 – que entendeu ser de competência da jurisdição arbitral a produção antecipada de provas quando exista cláusula compromissória celebrada entre as partes – colocou o estudo desse instituto na ordem do dia entre os arbitralistas.

A positivação da produção antecipada de provas (PAP) como materialização do direito autônomo à prova já era, ela mesma, uma novidade, trazida pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, sob inspiração da doutrina processualista – em especial o trabalho de Flávio Luiz Yarshell².

Contudo, em razão da não aplicação automática do CPC às arbitragens³, a comunidade arbitral passou efetivamente a prestar atenção ao tema apenas, realmente, quando ele lhe foi diretamente entregue pelo STJ. Isso se vê pelo movimento imediato de muitas câmaras de arbitragem brasileiras que não tardaram em – logo após a decisão do

2 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

3 “O árbitro não se encontra, de modo algum, adstrito ao procedimento estabelecido no Código de Processo Civil, inexistindo regramento legal que determine, genericamente, sua aplicação, nem sequer subsidiária, à arbitragem.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). *Recurso Especial 1.851.324/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 20 de agosto de 2024.

STJ – incluir em seus respectivos regulamentos⁴ disposições que viabilizassem a utilização da produção antecipada de provas no âmbito de cada respectiva câmara.

A partir desse momento, portanto, os arbitralistas somaram-se aos processualistas no estudo desse novo instituto, sobretudo para analisar as potencialidades do novo instrumento que passava, então, a estar incluído nas suas “caixas de ferramentas”, não sendo poucos os artigos publicados, painéis em congressos etc. que passaram a se debruçar sobre o tema.

O presente estudo ombreia-se nessa empreitada, buscando avaliar, especificamente, o que a produção antecipada de provas tem para trazer de novidade em controvérsias envolvendo a Administração Pública.

Para tanto, buscaremos firmar a compreensão de um direito autônomo à prova subjacente e fundamento da produção antecipada de provas, entendendo que é esta noção – como verdadeira quebra de paradigma – a mais importante contribuição trazida por este instituto.

De saída, percebemos que essa concepção de um direito autônomo à prova, rompendo com a ideia tradicional de que a prova é destinada exclusivamente à formação do convencimento de um julgador em um dado processo, lança luz nova sobre um velho conceito que, sob ela, pode ser reinterpretado. Estamos falando do tema da prova no processo administrativo que, quando lido e visto sob o prisma do direito autônomo à prova, produz toda uma gama inédita de efeitos e potencialidades.

Vemos, nisso, nessa possibilidade de reinterpretação do tema da prova no processo administrativo, a maior contribuição que a ideia do direito autônomo à prova traz para as controvérsias envolvendo a Administração Pública e, assim, buscaremos explorá-la.

À vista de todas as potencialidades trazidas pelo direito autônomo à prova no processo administrativo, buscaremos ainda avaliar se

4 Podemos citar, por exemplo: Resolução Administrativa 2/23 do Centro de Arbitragem e Mediação da AMCHAM Brasil, Resolução 14/24 da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, Norma Complementar 06/2025 do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, revisão do Regulamento de Arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem etc.

haverá espaço para alguma materialização desse direito na forma de um processo (judicial ou arbitral) de produção antecipada de provas.

2. QUEBRA DE UM PARADIGMA: PRODUÇÃO DA PROVA E CONVENCIMENTO DE (EVENTUAL) JULGADOR

A noção mais tradicional e comum de processo é de que um conflito (ou pretensão resistida, ou lide) será resolvido por meio da imposição de uma solução heterocompositiva enunciada por um julgador imparcial, produzida como conclusão de uma sucessão encadeada de atos à qual corresponde a ideia de devido processo legal.

Nesse contexto e nesse modelo, o lugar da prova é a de informar (ou antes, instruir) o convencimento desse julgador que, por imparcial, deve amparar (fundamentar) sua decisão como fruto e resultado de um processo lógico e racional. Deve, assim, o julgador justificar e legitimar sua decisão em favor desta ou daquela parte pela demonstração de como foi convencido a assim decidir. Chama-se isso de “persuasão racional” ou “livre convencimento motivado”.

Caracterizando-se, ainda, esse modelo, tem-se que as controvérsias postas para decisão podem ser de natureza fática ou jurídica. Nas controvérsias jurídicas as partes contendem a respeito das consequências e dos efeitos que se deve dar a determinado fato. Já nas controvérsias fáticas, contendem as partes sobre os fatos em si, o que significa dizer que divergem sobre a existência (ou o modo de existência) de determinada circunstância ou ocorrência no mundo fenomênico. É esse o campo da produção de provas: o da controvérsia fática.

Não por menos, aparece como pedra de toque do sistema a ideia de contraditório. E, mais ainda, a ideia de contraditório substancial⁵. Isso porque para que se tenha um julgador verdadeiramente imparcial, imagina-se que esse julgador não tenha um convencimento já

5 “O princípio do contraditório não é mais visto exclusivamente sob o aspecto formal - conhecimento dos atos processuais -, mas demanda também a observância da faceta substancial, consistente na efetiva possibilidade de influenciar na formação das decisões judiciais.” MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Princípio do contraditório: aspecto substancial e a proibição de decisões surpresa. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, DF, n. 6, p. 52-77, dez. 2013.

preconcebido sobre a questão posta para julgamento⁶. Imagina-se que caberá às partes, como direito fundamental no devido processo, a possibilidade de real influência sobre esse julgador, de modo que ele, ao longo do processo e não antes, chegue – com base naquilo que foi produzido no processo e não fora dele – a uma decisão. E que, nessa ordem de ideias, a descrição de como os elementos do processo o levaram a decidir desta ou daquela forma seja, por isso mesmo, a fundamentação a ser exposta, como premissas que, em silogismo, levam à conclusão por ele adotada.

Esse modelo rígido de solução de controvérsias passa a ser questionado na doutrina moderna de processo. Passa-se a entender que a obtenção de uma solução heterocompositiva pronunciada por um juiz não é a única possibilidade de solucionar (ou pacificar) um conflito. Surgem instrumentos como a conciliação, a mediação, a arbitragem, *dispute boards* etc.

Esse desenvolvimento vem na esteira das ideias de “*varieties of dispute processing*” e de “*multi-door courthouse*”⁷. Pensa-se em uma nova concepção de “processo” em sentido amplo. Não mais como uma simples encadeação de atos culminando em uma decisão heterocompositiva, mas como todo um *sistema* que, com muitas ferramentas disponíveis, coloca-se como instrumento para solução de controvérsias.

2.1. Noção moderna de processo e novos destinatários da prova

A noção moderna de processo parte, inicialmente, da compreensão de que o processo não é um fim em si mesmo. Compreende-se a sua natureza instrumental voltada a resolver um conflito. E, nessa natureza instrumental, vê-se a possibilidade de que mais de um instrumento possa ser empregado para o atingimento do mesmo fim.

6 Em arbitragem essa questão se torna ainda mais sensível. Afinal, como as partes escolhem os árbitros, não se pode admitir, em qualquer hipótese, que seja escolhido um árbitro que já tenha um pré-julgamento sobre a questão que será decidida. Não por menos, está listada na “lista laranja” (item 3.4.2) da *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* a situação de um árbitro que já tenha publicamente defendido, em publicações ou por qualquer outro meio, tese alinhada com aquilo que uma parte defenderá em procedimento arbitral.

7 SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. In: HINSHAW, Art et al. *Discussions in dispute resolution: the foundational articles*. New York: Oxford University Press, 2021.

Perde-se, com isso, o tradicional protagonismo do julgador, substituído que é por uma noção dialógica e cooperativa de processo, na qual é possível até mesmo que as partes, por elas mesmas, cheguem a uma solução autocompositiva sem que sequer seja necessária a participação de um julgador⁸.

As partes assumem, assim, elas também, um papel protagonista nesse cenário em que se substitui a ideia de meios “alternativos” de solução de controvérsias – e aqui alternativos a um suposto *standard* ou opção padrão pela jurisdição estatal heterocompositiva – por uma noção de meios “adequados” em que a decisão do conflito por um juiz passa a ser vista como apenas mais uma dentre as várias possibilidades existentes nessa visão ampla e substancial de *due process*.

Esse protagonismo dado às partes – positivado expressamente, como princípio geral de processo, no artigo 6º do CPC⁹ – se dará tanto na avaliação e na escolha do meio de solução adequado para a controvérsia posta em causa, como também no próprio comportamento e modo de participação das partes em cada um deles. Extrai-se disso, por exemplo, a noção já mencionada de contraditório substancial ou, ainda, o princípio da litigiosidade responsável¹⁰, à luz do qual se espera das partes, inclusive, uma avaliação séria e responsável sobre litigar ou não litigar determinada questão.

É nesse contexto que a doutrina processualista, principalmente o trabalho de Flávio Luiz Yarshell, extrai o efeito que essa mudança paradigmática terá sobre a teoria geral da prova. Isso porque, nesse novo modelo de processo, a ideia de prova precisa, consequentemente, ser inteiramente repensada.

8 “A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas. Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, extrema ratio.” DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016.

9 “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”. BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2015.

10 PIMENTEL, Wilson. *Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Não se pode mais ver a prova como unicamente destinada ao convencimento de um julgador. Assim como, igualmente e pelas mesmas razões, não se pode mais ver nesse julgador o exclusivo destinatário da prova. De sorte que, também como consequência lógica disso, deve ser abandonada a visão tradicional de que por “produção de prova” se entenda o ato de trazer ou realizar documentos, depoimentos ou trabalho pericial no bojo de um processo específico já instaurado perante um específico juiz.

Se as partes serão igualmente protagonistas e terão ativa participação nessa visão moderna de processo, então é certo dizer, como afirma Yarshell, que “a prova é também dirigida às partes, na medida em que a pré-constituição dos elementos instrutórios servirá à determinação de suas condutas, em juízo e fora dele”¹¹. Tem-se um novo paradigma em que a prova passa a instruir não mais apenas o convencimento de um julgador, mas o convencimento das próprias partes, servindo de fundamento para a conduta que passarão a adotar em relação à controvérsia posta e ao modo como pretenderão solucioná-la¹².

2.2. Novas premissas para a compreensão do instituto da prova

A ideia de que as partes são igualmente destinatárias da prova leva, necessariamente, à ideia de um direito autônomo à prova e permite a distinção entre dois diferentes, embora relacionados, conceitos: direito à prova e direito de provar. Esse novo paradigma da teoria geral da prova se constrói a partir dessa distinção entre esses dois conceitos e traz, com eles, também outras importantes construções teóricas, como a ideia da diferenciação que se deve fazer entre a noção de prova emprestada e as noções de prova antecipada ou prova pré-constituída.

Em primeiro lugar, distinga-se, portanto, direito à prova e direito de provar. Direito à prova é aquele que decorre do direito autônomo à prova e que vê as partes como também destinatárias da prova para formação de seu próprio convencimento acerca de uma dada controvérsia, assim como para a definição do modo de solucioná-la e para informar o comportamento que adotarão nessa empreitada.

11 YARSHELL, *Op. cit.*, p. 9.

12 *Ibid.*, p. 171.

Nas palavras de Yarshell, o direito à prova seria “o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência¹³”.

É por meio desse direito à prova que as partes poderão efetivamente produzir provas, sendo delas, as próprias partes como imediatas destinatárias. Yarshell aponta que o objetivo dessa produção de prova será tanto o de que possam as partes avaliar suas chances quanto à controvérsia posta, assim como, no contexto do convencimento que venham a formar a respeito disso, definir que meios procurarão para solução da controvérsia e como neles se dará sua conduta.

O que não significa dizer que, caso as partes entendam pela instauração de um processo (em sentido estrito), não seja destinatário mediato dessas mesmas provas o julgador encarregado de proferir e impor nesse processo (judicial ou arbitral) uma decisão heterocompositiva.

É, ainda, no bojo desse processo (judicial ou arbitral) já instaurado que se coloca o direito de provar. Neste caso, julgador é o efetivo destinatário da prova, devendo ser garantido às partes, como corolário do princípio do contraditório efetivo, o direito de produzir provas para, efetivamente, influir no convencimento deste julgador a respeito da controvérsia posta em causa.

Novamente citando Yarshell¹⁴:

[O] direito de provar está atrelado à declaração do direito pela sentença (ou, por outra forma, ao direito de obter a sentença). A parte só pretende produzir a prova porque pretende um provimento jurisdicional a projetar efeitos sobre certa situação da vida. Não se busca, em suma, apenas produzir a prova.

Nessa distinção, portanto, o conceito de “direito de provar” é o que se alinha à concepção tradicional da prova, a ser produzida no bojo de um processo já instaurado com a intenção imediata de instruir o convencimento do julgador que dela é o seu destinatário precípua. O que leva à necessidade de um maior aprofundamento sobre o conceito do direito

13 *Ibid.*, p. 233.

14 *Ibid.*

à prova na medida em que é neste que está a inovação da construção teórica em análise.

Sobretudo, parece importante robustecer de sentido esse conceito a partir de uma outra distinção. Isso porque, se este conceito se distingue do direito de provar, também é necessário distingui-lo de outra concepção também tradicional: a da prova emprestada.

A chave de compreensão desse conceito é a ideia de que, embora o direito à prova tenha as partes por imediatos destinatários, ele não deixa de ter o (eventual) julgador como destinatário mediato. É dizer: a prova a ser produzida fora (e, previamente) de um eventual processo (arbitral ou judicial) está indissociavelmente atrelada a uma dada controvérsia. Presta-se, outrossim, para que as partes possam formar seu convencimento acerca, inclusive, das chances que terão nesse eventual processo à vista da prova produzida, antevendo e ponderando como ela poderá ser valorada pelo eventual julgador.

É com base nesse convencimento, a ser instruído pelo direito autônomo à prova, que as partes poderão avaliar se efetivamente buscarão a instauração de um processo (judicial ou arbitral) e como nele atuarão ou se, ainda, procurarão levar a controvérsia à solução por outro meio.

O direito autônomo à prova se afasta, então, da ideia de prova emprestada e se aproxima da noção de prova pré-constituída.

No primeiro caso, da prova emprestada, tem-se a possibilidade de aproveitamento de uma prova produzida no contexto da controvérsia “A” para discussão de alguma questão relacionada com a controvérsia “B”. A pedra de toque é a economia processual¹⁵, razão pela qual a prova emprestada somente será admitida se não for possível a sua reprodução¹⁶.

15 “Não se pode ignorar o fato de que a prova emprestada tem como fundamento os princípios da economia processual, da eficiência e da celeridade, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo, a qual tende a ser demasiado lenta e dispendiosa, notadamente em se tratando de provas periciais na realidade do Poder Judiciário brasileiro. Ademais, a medida garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo”. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.827.101/RJ**. Relator: Min. Og Fernandes, 29 de novembro de 2021.

16 LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 35 e 36.

Já a prova pré-constituída, ensina Moacyr Amaral Santos¹⁷, é aquela prova produzida anteriormente a um dado processo, com o intuito de utilizá-la posteriormente neste eventual futuro processo.

O direito autônomo à prova seria, então, a possibilidade de produção de prova como pré-constituição da prova, sob contraditório, estando essa produção de prova diretamente atrelada a uma dada controvérsia e tendo como destinatário mediato o eventual julgador que a apreciará. À semelhança, portanto, do tratamento dado à produção de prova cautelarmente realizada em razão da urgência e do risco de seu perecimento.

A possibilidade de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, que surge então sob esse direito autônomo à prova, é muito mais do que um simples instrumento processual. Ela decorre de toda uma nova concepção de processo e encarna toda uma nova compreensão paradigmática da prova, que não se limita nem se contém apenas ao campo do direito processual civil. Sob todo esse novo prisma aqui desenhado, que, a nosso ver, revê e reconstrói – a partir de suas bases – a teoria geral da prova, outros temas merecem ser revisitados. Aí incluído o tema da prova no processo administrativo.

3. DIREITO AUTÔNOMO À PROVA E PROCESSO ADMINISTRATIVO

Se há novas premissas e uma nova teoria geral da prova, elas devem ser aplicadas ao processo de maneira ampla¹⁸. E, sob esse prisma, deve ser revisitado o tema da prova – e do direito autônomo à prova – no âmbito do processo administrativo.

3.1. Processo administrativo é processo

Em primeiro lugar, nessa análise, é necessário recordar que o processo administrativo é processo. E isso não é uma afirmação simples. Dizer que o processo administrativo é processo significa fazer referência

17 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

18 Feita aqui, claro, uma ressalva quanto ao processo sancionador (penal, administrativo, eleitoral etc.) que possui uma índole constitucional e principiológica própria e, no qual não existem partes, mas, sim, a defesa em face de uma pretensão punitiva.

ao artigo 5º, inciso LV¹⁹ da Constituição da República e observar que processo, nesse contexto, significa e tem toda a carga jurídica, principiológica e valorativa de uma garantia fundamental. E, principalmente, significa dizer que também o processo administrativo está sujeito à observância do devido processo legal, incluindo os seus consectários da ampla defesa e do contraditório²⁰.

Inerente a essas noções de ampla defesa e contraditório está, naturalmente, o direito de produzir prova. De sorte que, em defesa de seus interesses em um processo administrativo, esse direito deve ser assegurado ao particular: “Não se faz defesa, na relação administrativa, sem que provar não se possa o possível direito pretendido, aplicável que se torna ao processo administrativo o mesmo princípio constitucional da defesa em juízo”²¹.

Essa compreensão – tradicional também na doutrina de Direito Administrativo – é muito próxima do conceito que aqui estamos tratando como direito de provar. Assim como a concepção tradicional da prova em um processo judicial ou arbitral corresponde à noção do direito de produzir provas para instruir o convencimento do julgador, também a concepção tradicional da prova em um processo administrativo é a ideia de um direito do particular de produzir provas para instruir a decisão administrativa:

Onde há processo há instrução no sentido do esclarecimento da verdade jurídica: podem os interessados, mesmo na esfera administrativa, instruir o pedido, documentá-lo com as provas do alegado, indicando os atos ou os fatos passíveis de contestação. Também no processo administrativo, tudo quanto se promova com a intenção de esclarecer, documentar ou provar, é instrução na expressão genérica de conceito processual, considerando-se os fatos que constituem objeto do litígio ou da demanda contra a Administração.²²

19 “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

20 FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 28.

21 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A prova no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 102, p. 1-41, out./dez. 1970, p. 4.

22 *Ibid.*, p. 9.

No entanto, a distinção de conceitos proposta por Yarshell para o processo civil nos permite igualmente distinguir tais conceitos para o processo administrativo. E, aqui, chegaremos a uma conclusão bastante interessante, uma vez que a produção de prova no processo administrativo pode, a um só tempo e igualmente, corresponder às noções de direito à prova e de direito de provar.

Isso porque, no Brasil – diferentemente de outros sistemas como, notadamente, o sistema francês –, o contencioso administrativo está sujeito (excluído o mérito do ato administrativo) à jurisdição.

Dessa forma, (i) relativamente ao processo administrativo em si, o particular está exercendo seu direito de provar, corolário do direito ao contraditório e à ampla defesa, voltado a instruir o convencimento da decisão administrativa que será adotada nesse processo; ao passo que (ii) relativamente a eventual processo judicial ou arbitral em que sejam discutidas posteriormente as matérias objeto do processo administrativo, ambos os atores – particular e Administração – estão exercendo seu direito à prova, formando, cada um, o seu convencimento a respeito da matéria e pré-constituindo prova a ser usada em eventual posterior processo judicial ou arbitral.

3.2. Releitura das provas produzidas no processo administrativo à luz do direito autônomo à prova

Em obra fundamental sobre a prova no processo administrativo, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho já alertava para o fato de que a “doutrina brasileira, não aconselhada pela italiana, não deu o relevo que a prova merece no processo administrativo, deixando com a Administração o ajuizamento da conveniência probante”²³.

Se esse desenho da produção da prova no processo administrativo já era, com razão, criticado, deve, com ainda maior razão, ser revisto quando se considera que a prova no processo administrativo não se prestará mais apenas para instruir a decisão administrativa (direito de provar), mas, também, para que ambas as partes, particular e Administração, possam

23 *Ibid.*, p. 23.

formar o seu convencimento a respeito da matéria, pré-constituindo prova que pode vir a ser utilizada em posterior processo judicial ou arbitral.

Devem ter em mente, particular e Administração, que uma dada situação contenciosa que está sendo discutida em um dado processo administrativo poderá, invariavelmente, vir a ser objeto de um posterior processo judicial ou arbitral. Assim, deve-se ter em mente que, para além da formação de uma decisão administrativa motivada, o processo administrativo também será lugar para que ambas as partes produzam provas que lhes permitam avaliar, inclusive, as chances que terão em eventual disputa envolvendo a controvérsia então analisada em âmbito administrativo.

A noção moderna de processo – dialógica, cooperativa – igualmente se impõe ao processo administrativo.

É bem verdade que o direito de provar já garante ao particular um amplo espaço probatório. No entanto, quando se percebe que no processo administrativo, o particular não está exercendo apenas o seu direito de provar – entendido como o direito, fruto do contraditório e da ampla defesa, de influir efetivamente na decisão administrativa a ser tomada –, mas, também, o seu direito autônomo à prova, então esse espaço de produção de prova que a ele deve ser reconhecido se robustece consideravelmente. A título de ilustração – e, talvez, como consequência mais importante dessa releitura – está a constatação de que, ainda que já formada a convicção administrativa a respeito da controvérsia, ainda assim deve ser permitido ao particular produzir mais provas.

É dizer: sob o ponto de vista do direito de provar, poder-se-ia afirmar que o espaço instrutório dado ao particular no processo administrativo estaria encerrado quando, após a produção de um determinado conjunto de provas, a Administração já o considerasse suficiente para a decisão administrativa e a instrução até então realizada. Quando se considera, no entanto, que além desse direito de provar o particular também tem direito autônomo à prova, é que se pode afirmar que, mesmo já tendo por suficiente a instrução, a Administração ainda deve permitir ao particular a realização de mais provas que entenda pertinentes, indeferindo, somente, aquelas que sejam manifestamente inúteis ou descabidas:

O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.²⁴

Nesta mesma ordem de ideias, ensina Agustin Gordillo²⁵ que poderá o particular, inclusive, requerer, razoavelmente, a produção de provas pela própria Administração. E não pense a Administração que, com isso, atuará em favor do particular, auxiliando-o na medida em que produz provas a respeito do interesse ou direito por ele defendido.

Deve a Administração considerar que, sob essa ótica do direito à prova, também ela, Administração, está interessada em, no bojo do processo administrativo, produzir provas para formar seu convencimento a respeito da matéria, assim como, igualmente, em pré-constituir prova para eventual discussão futura da mesma questão em âmbito jurisdicional.

Uma robusta instrução probatória do processo administrativo pode não só contribuir para uma melhor decisão administrativa, como também, até mesmo viabilizar uma solução autocompositiva no bojo do próprio processo. O que se alinha, também, com as igualmente modernas concepções de consensualidade na atividade administrativa.

Ensina Odete Medauar²⁶ que a instrução do processo administrativo deve ser feita de maneira leal por ambas as partes, uma vez que “expostos, às claras, todos os elementos de uma situação, torna-se mais fácil a tomada de decisões objetivas”. E ousamos acrescentar: a boa e completa instrução do processo administrativo não só facilita a tomada de decisão administrativa, como franqueia à Administração o emprego

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Mandado de Segurança 26358/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de dezembro de 2014.

25 “derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida, aunque deba producirla la propia Administración”. GORDILLO, Agustin. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 16-24, out./dez., 1969.

26 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 103.

daquela solução – seja ela a decisão mesma, a autocomposição etc. – que seja mais adequada para o interesse público. Ao passo que também franqueia ao particular uma percepção das chances reais que terá caso entenda por levar essa controvérsia para apreciação jurisdicional.

Aplicando-se uma ilustrativa metáfora: o jogo fica mais leal e melhor atende a todos os envolvidos quando todas as cartas estão na mesa. Essa lealdade é exigida da Administração pelo princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF) e do particular pelo princípio da boa-fé objetiva que é elemento ínsito a toda e qualquer relação jurídica²⁷.

4. HÁ ESPAÇO PARA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS EM CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Em vista das potencialidades de um processo administrativo informado duplamente tanto pelo direito de provar quanto pelo direito autônomo à prova, pouca utilidade se veria na utilização de um procedimento de produção antecipada de provas (seja judicial ou arbitral) que instrumentalizasse apenas esse último.

Afinal, instrumentalizando também o direito à prova e permitindo tanto à Administração como ao particular um amplo espaço de produção probatória, o processo administrativo não só atende a todas as finalidades que se esperam de um procedimento de PAP como, além disso, também já pode – caso se forme desse modo o convencimento da Administração – resultar para o particular em uma decisão administrativa que lhe seja favorável. Sem que haja, então, a necessidade de qualquer outro processo, seja judicial ou arbitral.

Ainda mais quando se considera que, mesmo nas situações em que não haja um procedimento administrativo já instaurado, ele pode ser iniciado de ofício pela Administração ou, antes, pelo simples direito de petição franqueado constitucionalmente ao particular²⁸.

27 Yarshell defende que essa boa-fé objetiva implica em “verdadeiro dever da parte de considerar os elementos de prova pré-constituídos e de orientar sua conduta em função desses indicadores - dever, esse, que, se não é o próprio dever de veracidade, é dele muito próximo.” YARSHELL, *Op. cit.*, p. 199.

28 “Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *Op. cit.*

Nesse contexto, existiria ainda algum espaço para a utilização desse procedimento de PAP em controvérsias envolvendo a Administração Pública?

Em uma primeira reflexão podemos pensar em duas situações para as quais se poderia encontrar alguma utilidade na produção antecipada de provas fora do processo administrativo. A primeira delas seria a intenção, por parte dos envolvidos e, sobretudo, da Administração, de realizar a produção de prova perante um terceiro imparcial, de modo a viabilizar, por exemplo, possível autocomposição com maior segurança perante os órgãos de controle. Essa visão, no entanto, não nos parece adequada.

Em primeiro lugar, tem-se que, no processo de produção antecipada de provas não há, por parte do julgador, qualquer tipo de valoração²⁹ da prova produzida, de sorte que o fato de ter sido produzida a prova em um processo administrativo ou em um processo conduzido por um julgador imparcial não implicaria qualquer relevante diferença jurídica.

Em segundo lugar, tem-se que qualquer posição que a Administração entenda por tomar em vista da prova produzida – seja a decisão administrativa favorável ou desfavorável ao particular seja a formalização de uma solução autocompositiva – deve, necessariamente, ser formalizada por meio de um ato ou processo administrativo. Ato ou processo que deverá, ainda, ser instruído pela devida motivação ou, ainda, fundamentação. De sorte que qualquer prova produzida em procedimento de PAP que servisse para subsidiar qualquer atividade por parte da Administração deveria, então, ser incluída na instrução de um processo administrativo. Não havendo, assim, qualquer ganho de eficiência em não realizar a produção dessa prova já diretamente no bojo do processo administrativo respectivo.

Ainda sobre esse aspecto, pontua Yarshell³⁰ que:

[A] atividade probatória pode ser realizada pelas partes; e, a propósito, a experiência dos sistemas de *common law* mostra que os interessados

29 “o que se antecipa, ao menos em princípio, é a produção - e não a valoração (judicial) - da prova”. YARSHELL, *Op. cit.*, p. 98.

30 *Ibid.*, p. 288.

podem mesmo se desincumbir dessa tarefa em um ambiente de respeito às regras que disciplinam as providências de instrução preliminares, com um resultado útil e proveitoso.

Parece-nos que esse ambiente por ele descrito está presente no processo administrativo, rigorosamente disciplinado em lei e realizado sob os princípios constitucionais tanto regentes do devido processo legal quanto aqueles que regem a atividade administrativa.

É bem verdade que o mesmo autor também afirma que, ainda que não haja, na produção antecipada de provas, a valoração dessas provas pelo julgador, haveria “questões para as quais a imparcialidade é imprescindível – se não para a simples atividade de produção, para preservação da validade e da eficácia do quanto se produziu.”³¹.

No entanto, a validade e a eficácia da prova produzida em um processo administrativo estarão igualmente protegidas, na medida em que se trata de documento público, formalizado e que deve, inclusive, orientar a decisão a ser tomada pela Administração. Processo este, ainda, que é sujeito a controle de legalidade pela jurisdição.

Assim, não nos é possível enxergar, nesse contexto, qualquer outra questão para a qual a imparcialidade seja imprescindível quando da produção da prova e que exija, desta maneira, que sua produção antecipada se dê em um processo de PAP e não em um processo administrativo.

A segunda situação para a qual se poderia cogitar a utilização do processo de PAP em controvérsias envolvendo a Administração Pública é aquela na qual se pretenda a produção de uma prova cuja produção seja impossível ou inviável em um processo administrativo. Pensamos aqui, por exemplo, na prova técnica, cuja adequada e completa produção em um processo administrativo – principalmente caso se pretenda a sua produção por um perito terceiro imparcial – se mostra bastante dificultosa.

Especificamente em relação à produção dessa prova técnica, Yarshell³² chega mesmo a afirmar que “no contexto da antecipação da prova deve ser enfatizada a importância do resultado proporcionado pela prova pericial”, em razão, segundo entende o autor, do “peso que

31 *Ibid.*, p. 289.

32 *Ibid.*, p. 201.

o trabalho técnico há de ter na avaliação de chances pelos interessados, cientes que devem estar da elevada probabilidade de que futura e eventual decisão judicial, justamente pelo aspecto salientado, se baseie nas conclusões do perito”.

Vemos, no entanto, com reservas a antecipação da prova técnica, sobretudo no contexto da arbitragem.

Em primeiro lugar porque, como observam Cruz e Tucci³³ e Beatriz Tokechi Amaral³⁴, ainda estão sendo admitidos no Judiciário – mesmo depois da decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 2.023.615 – muitos procedimentos de PAP relativos a contratos nos quais há cláusula compromissória. Tem-se, assim, uma situação frequente de antecipações de provas que serão produzidas no Judiciário e valoradas em arbitragens.

Adverte Aprigliano que, na prova técnica antecipada dessa forma – no Judiciário para, então, vir a ser valorada em arbitragem –, “o resultado será que, para aquela prova específica, a forma da sua produção observará a legislação processual. Sendo uma perícia, ela será produzida nos termos dos artigos 464 a 480 do CPC.”³⁵.

Deste modo, conclui o autor, que “o direito à prova, que é amplamente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro, assume conotações e amplitudes diversas nas jurisdições estatais e arbitrais”, de maneira que a antecipação da prova técnica feita dessa forma poderá “ser utilizada como uma forma de excluir da parte o direito de produzir suas provas perante a autoridade julgadora que escolheu.”³⁶.

Para além dessa ressalva, tem-se que, mesmo que a prova técnica seja antecipada por meio de um PAP arbitral, ainda assim é de se ter essa possibilidade *cum grano salis*.

33 TUCCI, José Rogério Cruz. **Problemas Práticos do Processo Arbitral**: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 10.

34 AMARAL, Beatriz Tokechi. Produção antecipada de provas em arbitragem: insistência da judicialização em oposição à jurisprudência. **Revista Eletrônica ConJur**, 6 ago. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-ago-06/producao-antecipada-de-provas-em-arbitragem-a-insistencia-da-judicializacao-em-oposicao-a-jurisprudencia/>. Acesso em: 1 jun. 2026.

35 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Fundamentos processuais da arbitragem**. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023, p. 283.

36 *Ibid.*, p. 284.

Em primeiro lugar porque a produção da prova técnica pode depender da definição prévia, por sentença (e pensamos aqui, no processo arbitral, em bifurcação do procedimento) de questões anteriores e prejudiciais a essa prova.

Além disso, mas também no mesmo contexto e na mesma ordem de ideias, tem-se que o procedimento arbitral é marcadamente mais dialógico que o processo judicial. Desta forma, “as partes poderão ser instadas a apresentar seus Pareceres Técnicos juntamente com suas alegações iniciais e a submeter tal prova ao contraditório desde o início da fase postulatória.”³⁷.

Em um cenário como esse, de produção “adversarial” da prova técnica – prática usual das arbitragens internacionais –, a prova técnica antecipada na forma de um laudo pericial seria de pouca utilidade. Isso porque, nesse cenário, é de se pressupor que cada parte já teria uma visão prévia – amparada por sua assistência técnica – a respeito dos elementos técnicos em litígio sem que, para isso, precisasse antecipar a realização dessa prova técnica.

Além disso, é de se imaginar que o julgador privilegiaria a construção adversarial da prova produzida em contraditório entremeado às manifestações escritas das partes na arbitragem em detrimento de eventual prova técnica antecipadamente produzida. E, igualmente, de se imaginar que esse mesmo julgador não prescindiria daquela em favor desta.

5. CONCLUSÃO

Certamente a maior contribuição que se pode tirar da posituação do procedimento de produção antecipada de provas é a consagração da ideia de direito autônomo à prova.

Principalmente para as controvérsias envolvendo a Administração Pública, para as quais parece ser muito mais importante o conceito do que o instrumento em si. Afinal, o conceito do direito autônomo à prova,

37 ICC BRASIL. Relatório produzido pela Task-Force sobre Prova Técnica em Arbitragem, desenvolvido no âmbito da ICC Brasil. São Paulo, mar. 2026. Disponível em: https://www.iccbrasil.org/wp-content/uploads/2026/03/ICC_Task-force_prova_tecnica_arbitragem.pdf. Acesso em: 31 maio 2026. § 61.

ao promover uma completa releitura e um completo redesenho da teoria geral da prova, implica em iguais releitura e redesenho do tema da prova no processo administrativo.

Pouco espaço resta, então, para a utilização efetiva do processo de PAP em controvérsias envolvendo a Administração Pública, já que o próprio processo administrativo – revisitado à luz do direito autônomo à prova – ganha todo um novo contorno que atende, com mais eficiência e eficácia, às finalidades para as quais essa antecipação probatória se destina.

Toda uma gama de potencialidades se abre, no processo administrativo, para ambos os atores que nele tomam parte – Administração e particular – que devem então explorá-las. O que garantirá, não só melhores decisões administrativas, mas, igualmente, melhores cenários para a solução de controvérsias nos quais esses dois atores poderão melhor avaliar as condutas a adotar e os meios a empregar.

Tendo-se já um *locus* adequado e eficiente para que esse direito autônomo à prova se materialize, é, portanto, que poucas e restritas então são as hipóteses de utilização de PAP nessas controvérsias entre particular e Administração.

É, no entanto, uma visão que ora se oferece para um instituto ainda muito novo e em estágio muito inicial de construção e que, desta maneira, está aberta a novas ideias que surjam do trabalho doutrinário que vem se produzindo a respeito no campo do processo e, agora, também no campo da arbitragem.

6. AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é, em muito, devedor e decorrente do profícuo diálogo realizado com os brilhantes colegas Adriana Sarra, Camila Biral e Rodolfo Amadeo por ocasião do Congresso “Arbitragem e Administração Pública – 10 anos da Lei nº 13.129/2015 e Desafios para o Futuro”, realizado nos dias 28/08 e 29/08 de 2025 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A eles, portanto, e também aos queridos colegas da Assistência de Arbitragens da PGE-SP, meus mais sinceros agradecimentos e a mais sincera admiração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Fundamentos processuais da arbitragem**. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.827.101/RJ**. Relator: Min. Og Fernandes, 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.851.324/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 20 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Mandado de Segurança 26358/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 16 dez. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A prova no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 102, p. 1-41, out./dez. 1970.

GORDILLO, Agustin. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 16-24, out./dez. 1969.

ICC BRASIL. **Relatório produzido pela Task-Force sobre Prova Técnica em Arbitragem, desenvolvido no âmbito da ICC Brasil**. São Paulo, mar. 2026. Disponível em: https://www.iccbrasil.org/wp-content/uploads/2026/03/ICC_Task-force_prova_tecnica_arbitragem.pdf. Acesso em: 31 maio 2026.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2006.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MESQUITA, Máira de Carvalho Pereira. Princípio do contraditório: aspecto substancial e a proibição de decisões surpresa. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 6, p. 52-77, dez. 2013.

PIMENTEL, Wilson. **Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. *In*: HINSHAW, Art *et al.* **Discussions in dispute resolution: the foundational articles**. New York: Oxford University Press, 2021.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Problemas Práticos do Processo Arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2024.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.