

A PROVA PRIMA FACIE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

THE PRIMA FACIE EVIDENCE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCESS AND THE MODIFICATION OF THE BURDEN OF PROOF

Gilberto Fachetti Silvestre*

Bruna Figueira Marchiori**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A utilização de máximas de experiência e presunções no processo. 3 A prova prima facie e o direito probatório. 4 Prova prima facie e a modificação do onus probandi. 5 Conclusão.

RESUMO: Trata-se de pesquisa em que analisou as situações em que as provas prima facie são utilizadas no processo e de que forma elas interferem na distribuição do onus probandi entre as partes. O objeto da pesquisa apresenta controvérsias na literatura jurídica, o que o faz merecedor de uma análise mais detalhada, bem como a relevância que o tema possui nas estratégias processuais que as partes adotam em juízo. Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou sobretudo uma abordagem qualitativa, a partir da revisão de documentos. Em segundo plano, valeu-se da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça para identificar em quais situações fáticas as provas prima facie têm sido utilizadas pelo tribunal. Os dados obtidos através da pesquisa indicam que as provas diabólicas são campo fértil de utilização das provas prima facie. Além disso, apontam que, malgrado seja possível a inversão do ônus da prova pela utilização de prova prima facie, ela nem sempre ocorrerá, pois para que se dê essa inversão devem ser identificados determinados requisitos específicos no caso concreto.

Palavras-chave: prova prima facie; onus probandi; presunções; máximas da experiência.

ABSTRACT: *The objective of the present work was to identify in which situations the prima facie evidences are used in the process and how they act in the distribution of the onus probandi between the parties. The reason for choosing the research object refers to the presence of controversies on*

*Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutor em Educação/Currículo Jurídico pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.

**Bacharel em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de Iniciação à Docência do PAAPE I (UFES); Advogada.

Artigo recebido em 17/03/2021 e aceito em 04/05/2022.

Como citar: SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MARCHIORI, Bruna Figueira. A prova prima facie no processo civil brasileiro e a modificação do ônus da prova. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 233, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

the subject in the legal literature, which makes it worthy of a more detailed analysis, as well as the relevance that the theme has in the procedural strategies that the parties adopt in court. To achieve the proposed goal, the research adopted mainly a qualitative approach, based on document review. In the background, it used the analysis of judgments of the Superior Court of Justice to identify in which factual situations the Court has used the prima facie evidence. The data obtained through the research indicate that devil's proofs are fertile ground for the use of prima facie evidence. In addition, they point out that, despite the possibility of reversing the burden of proof through the use of prima facie evidence, it will not always occur; because for this inversion to occur, certain specific requirements must be identified in the specific case.

Keywords: *prima facie evidence; onus probandi; presumptions; maxims of experience.*

INTRODUÇÃO

Apesar das máximas da experiência poderem ser utilizadas no processo durante toda a fase de cognição judicial, é na fase de instrução que se encontram suas mais importantes aplicações. A partir dessas máximas podem ser obtidas as provas *prima facie*, que correspondem a um fenômeno de atribuição de credibilidade à determinada afirmação fática a partir de um juízo de verossimilhança da ordem natural das coisas.

Essa pesquisa propôs uma investigação sobre como as provas *prima facie* têm sido utilizadas no processo civil brasileiro, sobretudo na instrução probatória, e de que forma a utilização delas pode alterar a distribuição do ônus da prova entre as partes litigantes.

A escolha do objeto de pesquisa está associada à importância da matéria. O tema da utilização de provas *prima facie* no processo - sobretudo no que tange aos seus efeitos no *onus probandi* - mostra-se controverso na literatura jurídica brasileira.

Observam-se duas posições teóricas sobre a matéria: há os que afirmam que a utilização de provas *prima facie* implicam na inversão do ônus, transferindo para a outra parte o ônus de provar, que não se justifica a convicção obtida pelo magistrado, e os que afirmam que a prova *prima facie* não se refere diretamente à valoração da prova, não dizendo respeito ao *onus probandi*.

A conciliação da discussão interessa por sua relevância prática, operacional, na medida em que a identificação de como esse ônus se distribui orienta a atuação das partes em juízo.

Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou uma abordagem predominantemente qualitativa, por meio de revisão bibliográfica com o objetivo de aprofundar os conceitos e teorias da civilística e da processualística no que concerne especificamente a tal matéria.

Também foi realizada uma análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de identificar em quais situações fáticas as provas *prima facie* têm sido utilizadas pela instância especial.

Assim, a pesquisa objetiva oferecer recursos práticos à comunidade jurídica para a operabilidade da matéria, principalmente em sede judicial.

1 A PROVA *PRIMA FACIE* E O DIREITO PROBATÓRIO

A prova *prima facie* se refere a um fenômeno de atribuição de credibilidade à determinada afirmação a partir de um juízo de verossimilhança da ordem natural das coisas. Em outras palavras, trata-se do resultado de uma presunção realizada pelo juiz e desenvolvida a partir dos princípios práticos da vida e da experiência.

Sua principal característica é a tipicidade do acontecimento afirmado, ou seja, a sua reiteração e habitualidade, de tal forma que a probabilidade de a afirmação ser tida como verdadeira atinge níveis muito elevados (ROBLES, 2014, p. 131).

A prova *prima facie* (também chamada de prova por verossimilhança ou prova de primeira aparência) funciona da seguinte forma: diante da reiteração de determinados acontecimentos (ou experiências) na vida cotidiana, o juiz convence-se da ocorrência de determinado fato a partir da simples prova de ocorrência de determinado evento típico, sendo desnecessária para parte a realização de prova das particularidades específicas do caso concreto.

Para a presente pesquisa, a prova *prima facie* é compreendida como sinônimo de prova obtida a partir de um processo de presunção judicial. Há na literatura jurídica quem diga que os dois institutos deveriam ser diferenciados (ROBLES, 2014). Isso porque, enquanto a prova obtida por presunção deve ser baseada em indícios (fatos secundários), a prova *prima facie* seria fundamentada diretamente na máxima da experiência, não se valendo de nenhum elemento concreto.

Já outra parcela, a exemplo de Eduardo Cambi (2006) e Egas Moniz de Aragão (1981), entende não haver razões suficientes para diferenciá-los.

Eduardo Cambi (2006, p. 386) afirma que sendo a presunção obtida através de um indício e a prova *prima facie* obtida através de uma presunção, os dois institutos não devem ser analisados separadamente, na medida em que se tratam de um mesmo fenômeno observado a partir de perspectivas diferentes.

A prova *prima facie* se originou na tradição legislativa de *Common Law* (HERLITZ, 1994, p. 393). Todavia, foi introduzida e desenvolvida por Max Friedrich Gustav von Rümelin no Direito alemão. Ele propôs utilizar o conceito de prova *prima facie* nos casos que envolviam responsabilidade civil extracontratual, a fim de presumir onexo causal e a culpa nas hipóteses em que a realização de prova destes elementos se mostrasse difícil.

Atualmente, é possível perceber que a utilização de provas *prima facie* assume importância diante de circunstâncias em que a produção da prova do fato se mostra difícil ou quando, a partir de uma prova direta, o juiz não consegue determinar a existência de um fato controvertido no processo (ROBLES, 2014, p. 129). Esse juízo inferencial é utilizado sobretudo diante de provas indiretas, a fim de permitir que o órgão julgante consiga obter a convicção necessária para decidir acerca de fatos ocorridos a partir de fatos indiciários a eles relacionados.

A provas consideradas como impossíveis ou muito difíceis de serem realizadas (*probatio diabolica* ou “provas diabólicas”) são um campo fértil de utilização das presunções e, portanto, das provas *prima facie*.

Para exemplificar como a prova *prima facie* pode ser utilizada neste cenário, observe a ementa da Apelação Cível nº. 0008406-11.2016.8.08.0047, julgada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRÁTICA DE JUROS EXORBITANTES. PROVA INDICIÁRIA. AGIOTAGEM CARACTERIZADA. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. REDUÇÃO DOS JUROS AOS PARÂMETROS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. QUITAÇÃO PARCIAL DO DÉBITO. DECOTE DO VALOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. [...] 2. Mérito. Como sabido, a agiotagem é a prática de mútuo entre pessoas físicas, com cobrança de taxas de juros extorsivas, sendo vedada pelo artigo 1º, do Decreto nº 22.626/33 e pelo disposto no artigo 591, do Código Civil. 3. A prova da atividade de agiotagem é algo difícil, motivo pelo qual a jurisprudência vem admitindo, em algumas hipóteses, a prova indiciária ou indireta, ante os elaborados mecanismos usualmente utilizados para escondê-la. [...] 6. Assim, caracterizada a prática de agiotagem, deve ser afastado a cobrança dos juros exorbitantes, remanescendo, contudo, o mútuo celebrado entre as partes, em observância ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, razão pela qual deve ser reconhecida a procedência parcial do pedido autoral, para condenar os requeridos ao pagamento

do valor emprestado, descontando-se os valores já pagos e comprovados nos autos. 8. Recurso conhecido e provido em parte. (TJES, Apelação Cível nº. 0008406-11.2016.8.08.0047, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Segunda Câmara Cível, j. em 14/05/2019).

Como demonstra a ementa, diante da dificuldade da realização da prova direta da agiotagem, em decorrência da utilização dos mais engenhosos mecanismos para ocultar a sua caracterização, mostra-se possível valer-se de provas indiciárias e indiretas a partir das quais presume-se a ocorrência de agiotagem.

Em situações como a do julgado, diante da verossimilhança dos fatos narrados, entende-se presumido o fato até a realização de prova em contrário, de forma que a pretensão do litigante não seja indeferida pela ausência de provas.

Conforme Emanuele Tuccari (2011, p. 1013), a utilização de provas *prima facie* também possui especial relevância na prova do prejuízo não patrimonial em ações que requerem indenizações por dano moral. Isso porque a produção de prova em juízo pelo autor do abalo psicológico nesse tipo de ação se mostra uma tarefa excessivamente difícil de ser realizada. Assim, para evitar a necessidade de uma prova diabólica, é possível presumir a ocorrência de um dano moral a partir da prova indireta da lesão de um direito da personalidade, entendendo o dano moral como *in re ipsa*. Nesse sentido, observe trecho do voto-vista no Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.444.464/SP:

[...] para a pretensão reparatória pelo uso indevido de marca registrada não se faz necessária a comprovação, ainda durante a fase de conhecimento do processo, dos prejuízos materiais e imateriais suportados pela vítima do ato ilícito. Trata-se, efetivamente, de danos cuja existência pode ser aferida '*in re ipsa*', seja no que se refere àqueles de natureza estritamente patrimonial - em que a solução, no particular, é ditada pela lei de regência (L. 9.279/1996), segundo interpretação que se extrai dos arts. 208 e 210 -, mas também em relação aos danos extrapatrimoniais, sobretudo ante a natureza intangível desse tipo de consequência obrigacional, em que as circunstâncias peculiares tornam excessivamente difícil a produção de prova da extensão dos prejuízos, mas a sua caracterização, todavia, pode ser aferida por meio de presunção que se extrai da certeza da ocorrência do ato ilícito, pautada pelas máximas de experiência do magistrado

jugador. (STJ, AgInt no REsp. nº. 1.444.464/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 28/11/2017).

Para fins de identificação de mais hipóteses em que a prova *prima facie* tem sido adotada nos Tribunais, foi realizada uma pesquisa de julgados no Superior Tribunal de Justiça valendo-se dos argumentos lógicos (“prova *prima facie*” ou “prova indiciária”) e filtrando apenas julgados da Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turmas.

Dessa 1ª etapa da pesquisa foram encontrados 52 acórdãos, que foram novamente filtrados a fim de selecionar apenas julgados em que a prova *prima facie*/indiciária tenha sido entendida como robusta e convincente pelo juízo, de forma a influir na decisão proferida. Também, foram excluídos os acórdãos que tratavam de improbidade administrativa, pelas peculiaridades envolvendo esse tipo de ação.

Na segunda etapa, foram obtidos 12 acórdãos que se encaixavam aos filtros estabelecidos. Os acórdãos e as temáticas que eles abordavam podem ser sistematizados da seguinte maneira:

<i>Acórdãos selecionados</i>	<i>Temática abordada</i>
<ul style="list-style-type: none">• REsp. nº. 1.651.067/RS, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. em 03/08/2018;• REsp. nº. 1.632.750/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 24/10/2017;• AgRg nos EDcl no REsp. nº. 1.160.080/MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 08/03/2016;• AgRg no AREsp. nº. 499.722/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 06/02/2015;• REsp. nº. 1.137.425/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 16/08/2011;• AgRg no Ag. nº. 459.353/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 26/06/2003;• REsp. nº. 341.495/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. em 03/12/2001; e• REsp. nº. 165.373/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 22/06/1999.	Investigação de paternidade.
<ul style="list-style-type: none">• REsp. nº. 1.721.146/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 06/11/2018.	C o n f u s ã o patrimonial.

<ul style="list-style-type: none"> • REsp. nº. 1.698.696/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 02/08/2018. 	Sucessão empresarial.
<ul style="list-style-type: none"> • REsp. nº. 845.228/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 23/10/2007; e • REsp. nº. 337.225/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 25/03/2003. 	Dano moral.

A análise dos dados revela a utilização da prova *prima facie* na apuração dos fatos e consequente formulação da convicção do juiz, sempre relacionada, ainda que indiretamente, às máximas de experiência. Quer dizer, a pesquisa de julgados revelou que, no juízo probatório, as máximas de experiência participam como fonte da prova *prima facie* e na valoração/raciocínio do juiz do suporte fático levado pelas partes ao processo. Essa conclusão encontra amparo na literatura jurídica.

De acordo com Gennaro Roberto Pistolese (1935, p. 70 e ss.), as regras de experiência são prova “*prima facie* (“*Beweis des ersten auschein*”), também chamada de prova de primeira aparência”). A prova *prima facie* é uma consequência da valoração que o juiz faz daquilo que geralmente acontece. A regularidade de certos acontecimentos conhecidos pela experiência, permite formular conclusões quanto aos fatos que se pretende provar. Isso nada mais é que o conceito de presunção e de *id quod prelungue accidit*.

A prova *prima facie* é aquela que deriva da experiência da vida (DUFOUR; OUELLET, 2017). Como tal, não deverá ser diferenciada da prova por presunção judicial ou de experiência. Da mesma forma que se faz a relação entre máximas de experiência e presunção, aquelas são as fontes destas, ou melhor, são as premissas maiores na qual se subsumem os indícios e de cuja conclusão resulta uma presunção.

A falta ou insuficiência das provas constitui um problema para o processo, uma vez que: 1) o juiz não terá - ou o terá com baixa consistência - o material probatório sobre o qual possa formular com segurança sua convicção; e 2) tenham ou não as partes provado suas afirmações, o juiz deve decidir, em decorrência do princípio da inafastabilidade.

A solução dada por Moacyr Amaral Santos (1999, p. 371) para esse problema toma por referência o princípio *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*: “Dada a imperiosa necessidade da prova, quando esta não se faz fica o juiz sem meios para decidir com quem ou de que lado está a verdade. É perfeita, assim, a máxima - *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*. Não provados os fatos alegados, por quem tenha o dever

de prová-los, não decorre o direito que deles se originaria se provados, e, como consequência, permanece o estado anterior à demanda. O juiz, não achando elementos para reconhecer a verdade, não pode ir além do estado de fato preexistente à ação, e decidirá de forma a assim ficar, ou repelindo a ação, ou rejeitando a exceção”. Disso decorrerá: 1) *Actore non probante reus absolvitur*: se o autor não faz sua prova, decai da ação e o réu é absolvido; ou, então, na hipótese contrária; e 2) *Reus in excipiendo fit actor*: como na exceção o réu tem os mesmos ônus do autor, não fornecendo prova da exceção, será condenado (SANTOS, 1999, p. 371).

As máximas de experiência, neste contexto, podem oferecer soluções - atendendo a um certo grau de probabilidade e verossimilhança - que permitem a entrega da tutela jurisdicional de maneira razoável.

2 A UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E DAS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL

Passados o modelo de Estado Liberal e a ideia de “juiz boca da lei”, torna-se fato que o magistrado pode ser influenciado por seu conhecimento privado durante o processo decisório (SILVESTRE, 2011, p. 20 e ss.) (SILVESTRE, 2017, p. 762). Esses conhecimentos privados trazidos ao processo pelo juiz são divididos em dois subgrupos: saber privado; e saber cultural.

O saber privado representa o conhecimento especializado obtido pela curiosidade e as pesquisas pessoais realizadas pelo julgador, enquanto o saber cultural se refere ao conhecimento genérico e pré-processual disponível a todo homem médio e obtido através de suas experiências vivenciais (SILVESTRE, 2009a, p. 77).

É dentro da categoria de saber cultural que se encontram as máximas de experiência ou regras de experiência ou, ainda, regras da vida (*Lebensregel*). Segundo Friedrich Stein (1990, p. 22), as máximas de experiência são juízos hipotéticos gerais que indicam consequências esperadas ao se observarem determinados pressupostos.

Eduardo Labandeira (1989, p. 252) exemplifica o funcionamento desses juízos:

Si decimos que una persona es esquizofrénica, no estamos afirmando un hecho percibido por los sentidos, sino que los signos, síntomas y demás caracteres percibidos directa o indirectamente en esa persona los hemos subsumido en una regla

general de experiencia que nos permitía conocer de antemano la naturaleza y sintomatología general de la esquizofrenia.

As máximas da experiência podem ser de dois tipos diferentes: comuns e técnicas.

As regras comuns são formadas a partir do senso comum e são fruto do acervo cultural de uma sociedade. Elas derivam da observação daquilo que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*) (TONINI, 2002, p. 55).

As máximas técnicas - apesar de serem também regras gerais - derivam de conhecimentos específicos do sujeito em relação a determinada área técnica. Mesmo tendo caráter científico, também são passíveis de serem acessadas pelo homem médio (*bonus pater familiae*).

Apesar das máximas da experiência terem aplicabilidade durante todo o processo de cognição judicial (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 14), possuindo funções probatórias, hermenêuticas e integrativas (SILVESTRE, 2009a), é na fase de instrução que se encontra sua mais importante aplicação.

E, como já deve ter sido possível notar, são justamente as máximas da experiência que dão origem as provas *prima facie*, na medida em que o juiz se baseia unicamente nestas regras da experiência para formular o raciocínio presuntivo que caracteriza a prova de primeira aparência.

O Código de Processo Civil apresenta previsão expressa no art. 375 acerca da utilização das máximas de experiência, ao prescrever que: “o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

A formulação normativa do art. 375 do Código de Processo Civil de 2015 suprime a disposição do art. 335 do Código de Processo de 1973 (regras análogas) de que as máximas da experiência seriam aplicadas apenas diante da ausência de normas jurídicas particulares, sugerindo que sua utilização, na sistemática do Código de 2015, deixa de ser apenas subsidiária, o que eleva ainda mais o grau de importância conferido às máximas de experiência no ordenamento jurídico brasileiro para o exame das provas.

No âmbito do processo, as máximas da experiência permitem ao juiz inferir a ocorrência de certos fatos a partir de outros que já restaram provados. Assim, os fatos concretamente ocorridos e provados - chamados de indícios - subsumem-se a partir de um processo silogístico a determinada

premissa geral fática (máxima da experiência), sugerindo a ocorrência de determinado fato desconhecido (ROSEMBERG, 1955, p. 21).

Para exemplificar, observe o seguinte trecho da ementa do Recurso Especial nº. 1.678.437/RJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE PATRIMÔNIO. JUNTADA DE DOCUMENTO EM GRAU RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO, COMO NA HIPÓTESE. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. INDISCUTIBILIDADE SOBRE A EXISTÊNCIA E MODO DE OCORRÊNCIA DOS FATOS, INCLUSIVE SOB A PERSPECTIVA DAS PARTES. CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. PRESENÇA CUMULATIVA DOS REQUISITOS DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E INTENÇÃO DE ESTABELECEER FAMÍLIA A PARTIR DE DETERMINADO LAPSO TEMPORAL. DATA GRAVADA NAS ALIANÇAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DA CONVIVÊNCIA E DE PROVA DA SIMBOLOGIA DAS ALIANÇAS. DATA DE NASCIMENTO DO FILHO. INSUFICIÊNCIA. PROVA SUFICIENTE DE COABITAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR, INCLUSIVE AO TEMPO DA DESCOBERTA DA GRAVIDEZ, COM EXAME ENDEREÇADO À RESIDÊNCIA DO CASAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. DESSEMELHANÇA FÁTICA. [...] 7- Os elementos de prova colhidos nos graus de jurisdição, interpretados à luz das máximas de experiência e da observação do modo pelo qual os fatos normalmente se desenvolvem, somada a existência de coabitação entre as partes desde Fevereiro de 2003, mantida ao tempo da descoberta da gravidez, ocorrida em 24/10/2003, do primeiro filho do casal, permitem estabelecer essa data como o momento temporal em que a união estável havida entre as partes ficou plenamente configurada [...].(STJ, REsp. nº. 1.678.437/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 21/08/2018).

O processo mental silogístico que relaciona o indício à máxima da experiência denomina-se presunção. Para Giuseppe Chiovenda (1928,

p. 853), a presunção pode ser definida como uma convicção fundamentada na ordem natural das coisas.

Existem duas modalidades de presunções: legais (relativas e absolutas) e judiciais.

Presunção legal é “aquela estabelecida expressamente em lei, sendo tarefa do legislador a indicação de correspondência entre o fato indiciário e o fato presumido” (NEVES, 2019, p. 716).

Para a presente pesquisa interessam as presunções judiciais, também chamadas de presunções simples, comuns, de fato ou *praesumptio hominis* (DEL VECCHI, 2020, p. 77-100).

As presunções judiciais representam o raciocínio abduativo realizado pelo juiz acerca da ocorrência de um fato pela comprovação de outro, independentemente da existência de previsão legal nesse sentido (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 159). Não se tratam de meios de prova, na medida em que em nada acrescentam ao mundo material, trazendo ao processo “novidades” apenas no plano intelectual (*in mente iudicis*) (BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 57).

A respeito do conhecimento privado que o juiz traz consigo para o processo, pode-se proceder à seguinte sistematização (SILVESTRE, 2020):

<i>Communes opiniones (id quod plerumque accidit): fatos notórios, praesumptiones hominis e máximas de experiência Lebensregel</i>		
<i>Conhecimentos humanos</i>	<i>Correspondência</i>	<i>Regras (communes opiniones)</i>
<i>empírico</i>	corresponde à...	comuns
<i>científico</i>	corresponde à...	técnicas
<i>filosófico</i>	corresponde à...	axiológica

A utilização dos raciocínios presuntivos no processo foi criticada por Michele Taruffo (2002, p. 208), que chegou a chamar as máximas de experiência de generalizações grosseiras e inconsistentes. Para ele, a literatura jurídica não é clara em determinar quais são os requisitos que a inferência presuntiva deve possuir para que o fato *probandum* possa ser considerado verificado a partir da análise de um indício (TARUFFO, 1974, p. 84).

Pelo menos no que se refere à preocupação em garantir objetividade e idoneidade às máximas de experiência e das presunções judiciais delas obtidas, a opinião de Michele Taruffo merece ser acolhida, a fim de se evitar que essas importantes ferramentas na tomada de decisões possam se transformar em instrumentos de discricionariedade.

Eduardo Cambi (2006, p. 380) afirma que, no Brasil, com base em disposições do Código Civil italiano e do Código Civil francês, tem-se definido três critérios balizadores da utilização de presunções judiciais que conferem rigor e credibilidade à aplicação do raciocínio presuntivo no processo. Ele aponta como critérios: 1) o grau de persuasão e probabilidade de acerto da inferência presuntiva; 2) o grau de precisão das consequências que podem ser obtidas a partir do fato conhecido; e 3) a existência de inferências presuntivas distintas que apontem para uma mesma conclusão.

Ainda nesse sentido, Leonard Ziesemer Schmitz (2018, p. 257) diz que para que ocorra o devido controle hermenêutico das decisões baseadas em máximas da experiência, é imprescindível que haja uma adequada fundamentação das decisões judiciais, devendo o juiz não somente demonstrar a valoração da prova sobre o fato, mas também esmiuçar quais circunstâncias autorizam a presunção do fato *probandum* a partir de determinado fato indiciário no caso concreto.

Essa obrigatoriedade de fundamentação garante que as partes obtenham condições de compreender o raciocínio abduutivo utilizado pelo julgador, tendo uma participação mais efetiva no contraditório a partir da realização de contraprova ou da demonstração de que o raciocínio do qual se valeu o juiz não é cabível diante das peculiaridades fáticas do caso (SCHMITZ, 2018, p. 264).

Desta forma, garante-se que as máximas atuem como verdadeiros instrumentos de equidade, aptos a realizar a justiça do caso concreto (SILVESTRE, 2009b, p. 91-93), não tendo sua utilização deturpada para fundamentar ou mascarar um julgamento ativista do julgador, que extrapola os limites da jurisdição.

3 A PROVA *PRIMA FACIE* E A MODIFICAÇÃO DO *ONUS PROBANDI*

A utilização da prova *prima facie* na produção probatória requer examinar de que forma o raciocínio inferencial atua no *onus probandi*. Para as partes, a relevância dessa análise decorre do fato de que a identificação de como o ônus se distribui norteará a sua atuação e suas estratégias em juízo.

Apesar da importância para fins de operabilidade quanto a compreender como a distribuição do ônus ocorre nessas situações, esse tema se mostra controvertido na literatura jurídica. Assim, preliminarmente,

deve-se destacar como premissa o funcionamento das regras de distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro.

O ônus da prova deve ser compreendido tanto como regra de procedimento como regra de julgamento. Apenas se observado a partir desses dois aspectos é que se torna possível compreender como atua em relação aos sujeitos do processo.

Enquanto regra de procedimento, o ônus da prova se direciona aos litigantes. Tratam-se de disposições que orientam a produção probatória e que estabelecem qual das partes suportará o risco da prova frustrada (BUZAID, 1962, p. 130).

Como regra de julgamento, o ônus da prova interessa ao julgador. Ela deriva da impossibilidade do *non liquet*, ou seja, da proibição de que a causa deixe de ser julgada pela ausência de provas. Ao juízo, em regra, não interessa as normas em torno da distribuição do ônus. Todavia, estando diante de circunstância em que o conjunto probatório se mostre insuficiente na formação de seu convencimento, o juiz deverá se valer das normas relacionadas à distribuição do ônus de forma a proferir decisão desfavorável à parte que não apresentou elementos de prova suficientes para determinado fato controvertido. Tratam-se, portanto, de regras que só devem ser aplicadas de forma subsidiária (SILVESTRE; BORGES; BENEVIDES, 2020, p. 150 e ss.).

As regras de distribuição do ônus na prova no Direito Processual Civil brasileiro se encontram prescritas no art. 373 do Código de Processo Civil. A legislação processual segue a máxima *onus probandi est qui dixit* (*caput* do art. 373). Assim, o ônus de provar incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do direito e ao réu incumbe a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Para além da regra geral de distribuição, o § 1º do art. 373 prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz caso se verifiquem determinadas peculiaridades no caso concreto. O § 3º do art. 373 prevê, ainda, a possibilidade de negócio processual entre as partes de forma a convencionar como o ônus seria distribuído.

No caso da distribuição pelo juiz de forma diversa à estabelecida pelo legislador, o Código preceitua como requisitos a excessiva dificuldade ou a impossibilidade da parte de cumprir o encargo probatório, ou a maior facilidade da obtenção da prova do fato contrário. Ademais, o § 2º do art. 373 estabelece que a distribuição diferenciada do ônus não pode gerar

situação em que a desincumbência do encargo seja excessivamente difícil ou impossível.

O Código apenas prevê como requisito para a inversão do ônus da prova a hipossuficiência probatória de uma das partes para que o ônus possa ser invertido. É importante perceber que, apesar de não expresso na formulação normativa, também deve se verificar o requisito da verossimilhança das alegações realizadas por uma das partes para autorizar a modificação do *onus probandi* (SILVESTRE; BORGES; BENEVIDES, 2020, p. 150 e ss.).

As provas *prima facie* no processo têm a finalidade de facilitar a produção probatória. Por vezes, as peculiaridades do direito material, existentes no caso e somadas à dificuldade na produção da prova, autorizam um julgamento baseado em verossimilhança, situação na qual o juiz se vale das máximas da experiência para formar a sua convicção e proferir um julgamento de mérito, reduzindo as exigências de prova (MARINONI, 2005, p. 191) (SILVESTRE, 2020).

Outras vezes, os indícios presentes no caso - embora não sejam suficientes para formação da convicção do magistrado - demonstram a credibilidade de uma prova *prima facie* que favorece uma das partes. Nesse caso, pode ocorrer a inversão do ônus da prova se a outra parte demonstrar maiores condições de realizar a prova contrária (SILVESTRE; BORGES; BENEVIDES, 2020, p. 149). Isso se dá nas situações em que o fato presumido se encontra dentre aqueles cujo ônus recai pela parte favorecida pela inferência.

Explicando melhor: caso o raciocínio presuntivo permita que se presuma fato que favorece determinada parte que possuía o ônus de realizar a prova desse fato, a parte adversa passa a ter a incumbência de provar que a presunção realizada pelo julgador não é cabível diante das peculiaridades do caso em questão, ou que o fato presumido é impertinente no contexto probatório (SCHMITZ, 2018, p. 194).

No entanto, nem sempre a presunção, nesse contexto, opera de forma a inverter o ônus. Existem hipóteses em que o processo presuntivo constata a existência de fato que é prejudicial justamente à parte que já possuía a incumbência de realizar a sua prova.

Salvatore Patti (1985), por exemplo, afirma, que podendo a parte desfavorecida pela inferência contraprovar a credibilidade de uma prova *prima facie* a partir do simples apontamento de elementos que demonstrem ser inadequado o emprego de determinada máxima da experiência diante do caso concreto, não haveria que se falar em inversão do ônus da prova.

Para ele, se fosse caso de inversão do ônus, a parte desfavorecida pela prova *prima facie* seria obrigada a convencer o juiz de uma hipótese contrária àquela na qual se fundamenta a prova obtida pela presunção.

Tal argumento não parece ser suficiente para desqualificar a tese de inversão do *onus probandi* diante de provas *prima facie*. Independentemente da forma como a parte desfavorecida realiza contraprova da prova *prima facie*, é evidente que pode ocorrer um fluxo de carga probatória a partir do juízo presuntivo, fato suficiente para demonstrar a possibilidade de inversão do ônus.

Veja que a afirmação de que o ônus é invertido nessas circunstâncias não significa liberar totalmente a parte favorecida pela presunção da necessidade de produzir provas. Conforme Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 1145), à parte ainda cabe trazer aos autos elementos que permitam ao juiz a formação de um determinado grau de convicção para formar juízo favorável à sua versão e, a partir disso, realizar a inversão do ônus. Isso não quer dizer que é apenas a partir dos indícios trazidos pela parte que será futuramente favorecida que o juiz realiza raciocínios presuntivos; o julgador pode realizá-los oficiosamente e a partir de todos os elementos presentes nos autos.

Nas situações em que a *prova prima facie* importa na inversão do *onus probandi*, a distribuição do ônus não deve ser encarada como uma regra de julgamento pelo magistrado. O motivo para isso é evidente: enquanto regra de julgamento, a análise de distribuição do ônus é relevante para o juiz apenas no momento de proferir uma sentença. Caso o magistrado identifique a possibilidade de inversão do ônus por uma prova indiciária, é importante que ele profira decisão determinando a inversão do ônus o quanto antes no processo, de forma a permitir que as partes possam participar ativamente no contraditório, por exemplo, produzindo provas contrárias e assim não se deparem com decisões-surpresa (CAMBI, 2006, p. 385).

Tal constatação se alinha à disposição do § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, de que o juiz deve proferir decisão de inversão do ônus de forma que se garanta à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Essa decisão deve ser proferida preferencialmente durante o saneamento do processo, na medida em que se trata da fase preparatória para a decisão do mérito. Outra razão para se sustentar que a fase de saneamento corresponde o momento ideal para inversão se relaciona ao fato de que a presunção tem a potencialidade de alterar o *thema probandum*, que é fixado justamente no saneamento (SCHMITZ, 2018, p. 254). Ocorre

que, com a presunção, basta que se realize a prova do fato-base para se provar o fato presumido.

Compreender que a regra de inversão do ônus pudesse ser utilizada pelo juiz como regra de julgamento e apenas suscitada por ele em sede de sentença, faria com que a participação das partes no conteúdo das presunções fosse prejudicada e que o controle dos juízos de fato realizados pelo magistrado apenas pudesse ser realizado *a posteriori*, por meio de recursos (SCHMITZ, 2018).

É relevante refletir também sobre o uso de provas *prima facie* diante de provas objetivamente difíceis, ou seja, situações em que as duas partes demonstram possuir dificuldade na realização da instrução probatória. Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 1144) traz como exemplos dessa modalidade de prova as situações que demandam prova de lucros cessantes, desvalorização de bens danificados, determinação de culpa concorrente ou de culpa exclusiva da vítima.

Nessas hipóteses, como a dificuldade probatória recai sobre as duas partes, não faz sentido a determinação de inversão do ônus, tendo em vista que se assim se fizesse, a prova que era diabólica para uma das partes passa também a ser diabólica para a outra (DIDIER JR., 2017, p. 139). Por isso, não sendo possível nem a formação da convicção do juiz com base em verossimilhança, tornando-o apto a proferir um julgamento de mérito, nem a inversão do ônus da prova, uma estratégia diferente deve ser adotada pelo magistrado.

Assim, para a determinação de que parte deverá arcar com a dúvida, sucumbindo no processo, deve-se averiguar qual das partes assumiu o risco de inesclarecibilidade dos fatos (MARINONI, 2005, p. 194).

Fredie Didier Jr. (2017, p. 139) esclarece como esse procedimento deve ocorrer quando o fato insuscetível de prova é constitutivo do direito do autor, o qual pode ser assim sistematizado:

<i>Situação</i>	<i>Consequência</i>
Risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”) assumido pelo autor.	Na sentença, o juiz aplica a regra do ônus da prova e decide pela improcedência.
Risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”) assumido pelo réu.	Entre a fase de instrução e a de julgamento, o juiz deve inverter o ônus da prova, intimando o réu a se manifestar para, então, decidir pela procedência.

Portanto, se o risco de inviabilidade da produção da prova tiver sido assumido pelo autor, o juízo deverá decidir em sentença pela improcedência

da demanda. Todavia, se este risco tiver sido assumido pelo réu, o ônus da prova deverá ser invertido e ao réu deverá ser oportunizada a possibilidade de manifestação para, a partir de então, ser prolatada a decisão.

CONCLUSÃO

A pergunta “*a utilização de provas prima facie no processo inverte o ônus da prova?*” não pode ser sanada com apenas uma única resposta positiva ou negativa. Esta pesquisa identificou três respostas diferentes para essa questão, as quais podem ser sistematizadas da seguinte maneira:

Sendo possível a formação da convicção do juiz pelas provas *prima facie* identificadas no processo, de forma a capacitá-lo a proferir um julgamento de mérito, ele pode realizar um julgamento baseado na verossimilhança, não sendo necessária a inversão do ônus;

Caso a prova *prima facie* presente no processo não permita que a convicção do juiz se forme de maneira a permitir proferir um julgamento de mérito, mas demonstre a credibilidade da argumentação de uma das partes (que se encontra em um cenário de hipossuficiência probatória em relação à outra parte), é possível ocorrer a inversão do ônus, desde que o fato presumido se encontre entre aqueles cujo ônus recai pela parte favorecida pela inferência;

Tratando-se de situação em que a dificuldade probatória recai sobre as duas partes, deve-se analisar que parte assumiu o risco da inesclarecibilidade da situação de direito material. Nesse caso, o ônus só seria invertido na hipótese em que o réu fosse identificado como o responsável pela dúvida.

Em se tratando da situação em que o ônus da prova é invertido pela dificuldade na produção probatória e facilidade da parte *ex adversa* em produzir contraprova, foi possível identificar mais um motivo para que o saneamento processual seja realizado de forma correta e adequada.

Ocorre que não raro se visualiza na prática forense uma verdadeira banalização dessa fase procedimental, pela qual juízes continuam a não dispender a atenção e tempo necessários para a realização de um saneamento nos moldes do que prevê o Código de Processo Civil.

Na utilização de provas *prima facie*, não realizar um saneamento adequado e não promover a inversão do ônus da prova durante essa fase procedimental pode gerar a limitação do contraditório substancial, não permitindo que as partes desde logo colaborem na formação do conteúdo das presunções realizadas pelo juízo de forma a garantir justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, E. M. **Exegese do Código de Processo Civil**. Vol IV. Tomo I. Rio de Janeiro: AIDE, 1981.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Revista Forense**, v. 261, p. 13-19, 1980.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

BUZAID, A. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 57, p. 113-140, 1962.

CAMBI, E. A prova civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

CHIOVENDA, G. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Nicola Jovene EC, 1928.

DEI VECCHI, D. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio**. Lima: Zela, 2020.

DIDIER JR., F. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, p. 129-155, 2017.

DUFOUR, G.; OUELLET, R. Le fardeau de preuve : constat prima facie d'un décalage entre théorie et pratique, et de la nécessité d'une théorie de la preuve à l'OMC. **Revue internationale de droit économique**, v. 31, n. 1, p. 47-78, 2017.

HERLITZ, G. N. The meaning of the term *prima facie*. **Louisiana Law Review**, v. 55, n.2, p. 391-408, 1994.

LABANDEIRA, E. Las máximas de experiencia en los procesos canónicos. **Revista Ius Canonicum**, n. 57, p. 245-273, 1989.

MARINONI, L. G. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 5, p. 188-201, 2005.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Prova e convicção. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivum, 2019.

PATTI, S. Libero convincimento e valutazione delle prove. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 40, n. 3, p. 481-519, 1985.

PISTOLESE, G. R. **La prova civile per presunzioni e le cosiddette massime di esperienza**. Padova: CEDAM, 1935.

ROBLES, C. C. La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 20, p. 115-170, 2014.

ROSEMBERG, L. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1955.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4 (arts. 332 a 475). Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SCHMITZ, L. Z. **Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

SILVESTRE, G. F. **As máximas de experiência no processo civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vitória, 2009a.

SILVESTRE, G. F. Máximas de experiência e verdade processual: a construção da decisão justa para o caso concreto. **Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

SILVESTRE, G. F. **As máximas de experiência no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVESTRE, G. F. O papel da *communis opinio* e da *præsumptio hominis* na prova civil e penal: valoração *lato sensu* das circunstâncias fáticas e jurídicas *id quod plerumque accidit*. In: ROCHA, C. J.; MADUREIRA, C.; GONÇALVES, T. F. (Orgs.). **Direito, processo e justiça em debate**. v. 2. Curitiba: CRV, p. 167-190, 2020.

SILVESTRE, G. F. *A præsumptio hominis* do art. 375 do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº. 13.105/2015). **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 5, p. 753-776, 2017.

SILVESTRE, G. F.; BORGES, C. B.; BENEVIDES, N. S. The application of the dynamic theory of the burden of proof in civil matter after the validity of the code of civil procedure of 2015: an analysis of decisions. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 58, p. 137-158, 2020.

STEIN, F. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARUFFO, M. Certezza e probabilità nelle presunzioni. **Il foro italiano**, v. 97, p. 83/84-111/112, 1974.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferri. Madrid: Trotta, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Grupo Forense, 2015.

TONINI, P. A prova no processo penal italiano. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

TUCCARI, E. La prova del pregiudizio non patrimoniale attraverso le presunzioni. **La nuova giurisprudenza civile commentata**, n. 10, p. 1012-1022, 2011.