VII CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL,
CIVIL, EMPRESARIAL E CONSTITUCIONAL
INSTITUTO DE DIREITO JAMES TUBENCHLACK
HOTEL GLÓRIA, RIO DE JANEIRO
13,14 E 15 DE OUTUBRO DE 2005

Tema: RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E
EXTRACONTRATUAL (SUBJETIVA E OBJETIVA) E O ÔNUS DA
PROVA

LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

1. Cumprimento os responsáveis pela realização deste evento, que está a reunir ilustres nomes neste Instituto de Direito JamesTubenchlak, o qual, quando em vida, exercia a magistratura neste Estado, ao mesmo tempo em que desenvolvia o ensino da arte do direito.

A matéria de que tratarei, visa distinguir a aplicação do ônus da prova tanto na responsabilidade civil contratual como na extracontratual.

Primeiramente, de forma sucinta, apontarei a distinção que existe entre obrigação e responsabilidade; destacarei pontos doutrinários a respeito da diferença entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, bem como sobre a incidência do

ônus da prova em cada uma daquelas espécies de responsabilidade.

Em seguida, através de exemplos práticos, demonstrarei a aplicação efetiva do direito no dia-a-dia do processo.

2. Não há que se confundir obrigação com responsabilidade.

Pode haver obrigação sem responsabilidade: ex. débitos prescritos.

Assim como pode haver responsabilidade sem obrigação: ex. fiador, que pagará a dívida somente em caso de inadimplemento.

A obrigação, do latim obligatio (ob+ ligatio), que significa ação de prender, deriva do verbo obligare (atar, ligar, vincular).

A obrigação não se confunde com: sujeição, ônus e dever jurídico.

A sujeição tem o significado de obediência. Ex. um direito potestativo (que significa a impossibilidade de uma pessoa em não cumprir um determinado comando): a existência de um prédio encravado e o direito de o proprietário desse bem obter uma passagem forçada (art. 1.285 CCv), o direito de o locador despejar o locatário (arts. 59 e 60 da Lei 8.245/91). Portanto, nos exemplos dados (direitos potestativos), há a sujeição e não a obrigação daquele que se encontra na situação passiva.

Ônus, por sua vez, é a necessidade de seguir uma dada conduta em benefício próprio, como, verbi gratia, o ônus da prova (art. 333, do CPC).

O dever jurídico, no entanto, é a necessidade de todos no cumprimento dos comandos legais, sob pena de sanção.

Aí vem a diferenciação da obrigação com as figuras acima expostas (sujeição, ônus e dever jurídico), pois ela caracteriza-se e diferencia-se diante do fato de uma determinada pessoa se encontrar obrigada a realizar uma certa conduta no interesse de outra, denominada prestação (determinada no negócio jurídico).

A obrigação é um efeito jurídico e como tal sempre possui um fato que lhe dá origem. Dos **fatos jurídicos nascem as obrigações**. Daí, do fato, a fonte da obrigação.

Para efeitos didáticos, as fontes das obrigações seriam as seguintes: **os negócios jurídicos bilaterais** (contratos), de que trata os arts. 104 e segs. Do CCv/2002; **atos jurídicos unilaterais** (arts. 854 e segs. do CCv/2002 - promessa de recompensa (arts. 854 e segs.), gestão de negócios (arts. 861 e segs.), pagamento indevido (arts. 876 e segs.) e enriquecimento sem causa (arts. 884 e segs.); **atos ilícitos** (arts. 186/188 do CCv); **e a lei**.

Portanto, a afirmativa de que a única fonte das obrigações são os fatos jurídicos procede, pois se um fato está previsto legalmente e tem o condão de criar efeitos obrigacionais, ele passa a ser um fato jurídico.

A lei é considerada fonte obrigacional por ser possível dar a um fato conseqüências jurídicas, mediante a criação de uma norma, que poderá criar uma nova relação obrigacional.

A obrigação, pois, é sempre um dever jurídico originário.

2.1. E o que é então a responsabilidade?

É um dever jurídico sucessivo conseqüente à violação da obrigação.

Ela não constitui uma das fontes das obrigações, e pode ser contratual ou extracontratual (extra-obrigacional ou delitual, ou ainda, aquiliana), e tem por função, segundo SERGIO CAVALIERI FILHO (Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., Malheiros Editora, p. 35): “O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspirado no mais elementar sentimento de justiça...Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano”.

Pode-se definir a responsabilidade civil contratual como: uma conseqüência do inadimplemento de uma obrigação pelo devedor, em desfavor do credor, ou, ainda, de um cumprimento inadequado (defeito) de uma obrigação.

Já a responsabilidade civil extracontratual decorre de uma lesão ao direito de alguém, sem que haja qualquer liame

obligacional anterior entre o agente causador do prejuízo e a vítima.

O nome a este tipo de responsabilidade ocorreu com o advento da Lex Aquilia, em Roma, quando, para alguns doutrinadores, surgiu o elemento culpa para a caracterização do delito, com reparação não somente dos danos materiais, mas também morais. Até então, havia penas pecuniárias fixas e até a morte do devedor ou do causador do dano.

A partir da Lex Aquilia, a construção da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana sofreu várias alterações.

No Brasil pode-se afirmar que é uma obrigação de reparar, para o agente causador ou por imposição legal, os danos suportados pela vítima, sejam eles materiais, morais ou à imagem (art. 5º, V, da CF/88); quando possível, com a sua restituição à situação anterior (antes do evento danoso), ou, sendo impossível tal hipótese, com a fixação, pelo juiz, de uma quantia em dinheiro (indenização pecuniária).

É o que dispunham os arts. 159 e 160 do CCv/16, e agora dispõem os arts. 186 e 187, combinados com o art. 927 do novo CCv, QUE TRATAM DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.

Também surgiu, dentro da responsabilidade civil extracontratual, a espécie de responsabilidade OBJETIVA, vinda da Itália, Bélgica e, principalmente, da França, sustentando-a sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou por ser

adotada pelo novo CCv/2002, no parágrafo único do art. 927, art. 931 e outros.

Embora o no Código Civil tenha mantido a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva (o CCv de 1916 era essencialmente subjetivista), optou pela responsabilidade civil objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagrou, tais como:

- o abuso de direito (art. 187);
- o exercício da atividade de risco ou perigosa (par. ún. do art. 927);
- danos causados por produtos (art. 931);
- responsabilidade pelo fato de outrem (932 c/c 933);
- responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal (936, 937, 939);
- responsabilidade dos incapazes (928), etc..

Muito pouco sobrou, portanto, para a responsabilidade civil subjetiva no novo Código Civil.

Quando em vigor o CCv de 1916, as leis especiais é que apontavam os casos de responsabilidade civil objetiva:

- responsabilidade das Estradas de Ferro; do acidente do trabalho; seguro obrigatório; responsabilidade civil do Estado (Constituição Federal de 1946, ampliada na de 1988, art. 37, par. 6º); Código de Mineração; danos causados ao meio ambiente; Cód. Brasileiro de Aeronáutica; danos nucleares e, por fim, o

Código de Defesa do Consumidor (CDC), que consagrou a responsabilidade civil objetiva em vários dispositivos: arts. 12, 14, 15, 19 e 20.

3. O que diferencia, então, a responsabilidade contratual (obrigacional) da extracontratual (extra-obrigacional) ?

É que na contratual a responsabilidade decorre de um descumprimento de obrigação estabelecida contratualmente (com agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminado – art. 104, CCv/2002), em que um dos contratantes causa um dano ao outro (dano este originário do incumprimento de uma obrigação previamente estabelecida no contrato).

Na extracontratual, há a prática de um ato ilícito, que causa prejuízo a outrem mediante ação ou omissão, sem que exista entre o ofensor e a vítima qualquer relação anterior. Está disposta no art. 186 e 927 do CCv/2002 e é chamada de RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA. A OBJETIVA, que tem os mesmos pressupostos da subjetiva, tem como única atenuante de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida; não se discute se ocorreu culpa (esta vista no sentido lato, abordando o dolo), bastando o nexo causal entre o dano e o agir do agente causador deste, para ser devida a indenização.

4. Pode-se indagar, na dúvida, a fim de se identificar que tipo de responsabilidade está presente em um determinado evento danoso:

4.1. Se o ato ilícito entendido de uma forma ampla, decorre ou não do contrato?

4.2. Se a atitude do devedor estava ou não prevista contratualmente?

Muitas vezes surgem dúvidas se um dano resulta ou não de uma relação contratual, pois a atitude do devedor, embora tenha certa relação com a avença, pode se configurar num ato ilícito que nada tem a ver com o contrato. Aí depende de um exame apurado do advogado que formular a inicial, bem como do juiz ao instruir o feito.

4.3 Pode-se afirmar, a fim de elucidar a questão, que para a configuração da responsabilidade contratual, é necessário:

que o devedor deixe de cumprir com sua obrigação; deixe de realizar uma prestação assumida; que tenha agido com culpa ao descumprir a obrigação; tenha causado prejuízo para o credor; que haja um nexo causal entre a atitude do devedor e a constatação de dano pelo credor.

Não havendo contrato e ocorrendo um ato ilícito que viole direito e cause prejuízo a outrem mediante ação ou omissão, ainda que exclusivamente moral, configura-se a responsabilidade civil extracontratual.

5. EM SENDO ASSIM, ESSA DIVISÃO EM DUAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL (contratual e extracontratual) NÃO TERIA RAZÃO DE SER (Genéviève Viney, Traité de droit civil, sob a direção de Jacques Ghestin, n. 243, Paris: LGDJ, 1989), POIS EM AMBAS HÁ A VIOLAÇÃO DE UMA NORMA E A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS QUE SE IMPÕE.

NO ENTANTO, PARA EFEITOS DE **PRODUÇÃO DA PROVA** EM JUÍZO, NECESSÁRIO SE FAZ A DIVISÃO EM CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL, DIANTE DAS CAUSAS DIVERSAS E DAS DIFERENÇAS (já explanadas acima) NO TOCANTE À MATÉRIA PROBATÓRIA.

Mas o que é provar?

Provar significa demonstrar que a afirmação que se faz a respeito de um fato assume a dimensão da inquestionabilidade, porque traz a marca da verdade e o seio da certeza.

Couture ensina que “provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação” (citado por Humberto Theodoro Jr., “Curso de Direito Processual Civil”, Editora Forense, 5ª. ed., p. 446).

5.1. Ônus da prova. O que significa?

Segundo de Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, Ed. Forense, 1982, III/282-283), a palavra ônus, que provém do latim *onus* (carga, peso, obrigação), tem significação técnico-jurídica; entende-se todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma

coisa ou uma pessoa, em virtude do que está obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los. É um gravame.

Isso não significa que, por exemplo, quando o legislador determina que, numa determinada situação, ao autor caberá o ônus de provar o que alega, não possa o réu apresentar tal prova. A consequência da não apresentação da prova pelo autor, resultará no sentido de que não provou aquilo que pretendia provar.

5.2. Ônus da prova no CPC.

O art. 333 estabelece que o ônus das prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O inc. I significa que o autor ao alegar a existência de um fato que implica a constituição de um direito a ser tutelado pelo Poder Judiciário, cabe o ônus de prová-lo.

O inc. II significa que ao réu que alega a exceção, no sentido amplo, cabe o ônus de prová-la.

Apenas para lembrar e exemplificar, não dependem de prova os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (art. 334, do CPC).

Também não precisam ser provados os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade, v.g. o efeito da revelia, e os feitos não contestados.

5.3. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

Às relações litigiosas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei. 8.078/90, são aplicáveis as normas do CPC, por serem estas normas de caráter processual geral, com exceção às situações em que o próprio CDC estabelece uma disciplina própria, v.g., a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), e ao estabelecer que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (art. 38).

5.4. A inversão do ônus da prova no CDC.

Diz o art. 6º, inc. VIII, do CDC, que ao consumidor caberá “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Tal instituto visa a proteger o consumidor, tido como a parte fraca na relação de consumo, dada a sua reconhecida vulnerabilidade (art. 4, I, do CDC).

Note-se que se partíssemos para a adoção pura e simples das regras processuais do CPC quanto ao ônus da prova, às relações de consumo, sem o estabelecimento de regras próprias, em determinadas situações, significaria provocar o

DESEQUILÍBRIO entre os litigantes, COMPROMETENDO a VERDADEIRA IGUALDADE entre as partes. Ex. relação médico/paciente.

Ademais, a inversão do ônus da prova constitui-se em uma modalidade de facilitação da defesa dos direitos básicos do consumidor, devendo o juiz assim proceder somente quando satisfeitos um dos seus dois pressupostos de admissibilidade: a) for verossímil a alegação; ou b) for o consumidor hipossuficiente.

Não se cuida de inversão legal, pois não se trata de imposição da própria lei, mas sim fica ao crivo judicial, a REQUERIMENTO DA PARTE OU “EX OFFICIO”.

O que vem a ser alegação VEROSSÍMIL ?

A que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos” (Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, Ed. Saraiva, 1997, p. 76).

Quando ocorrerá a HIPOSSUFICIÊNCIA?

Não deve o juiz examinar somente o aspecto econômico ou financeiro do consumidor. Mas também no campo cultural, v. g., a falta de conhecimento técnico sobre o objeto de uma relação de consumo (produto ou prestação de serviços).

A alegação de hipossuficiência por falta de conhecimento técnico, no entanto, não poderá ser alegada por um médico que

contrata um seu colega para o parto de sua esposa; ou no caso de uma empresa que tenha um departamento jurídico não poderá alegar desconhecimento na área jurídica.

Qual o momento processual para o juiz determinar a inversão do ônus da prova?

A fim de evitar-se cerceamento de defesa, o juiz deverá determinar a inversão quando do saneamento do processo, após inexitosa a audiência de conciliação (hoje chamada de preliminar).

Não podem as partes serem surpreendidas com tal decisão.

Assim, descabe a mesma por ocasião da sentença ou de julgamento do processo pelo 2º grau.

Retornando à inversão do ônus da prova, destaco a grande controvérsia em relação aos profissionais liberais no CDC, tendo em vista a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Diz o art. 14, par. 4º, do CDC, que a responsabilidade dos profissionais liberais serão apuradas mediante a verificação de culpa.

Numa relação médico e paciente, tendo este ingressado em juízo sob a alegação de imperícia, imprudência ou negligência, costuma-se apregoar, com a devida vênia, equivocadamente, que, por ter nesse ponto tal diploma consagrado a teoria da

responsabilidade subjetiva, seria incabível a decretação, pelo juiz, da inversão do ônus da prova.

Nas relações de consumo, diversamente, não é necessária a demonstração de culpa para que surja o dever de indenizar caso haja dano, pois a responsabilidade é objetiva. Este é o sistema adotado pelo CDC, conforme se depreende dos arts. 12, 14, 15, 19 e 20.

Veja-se, no entanto, que a questão referente a ser a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, diz respeito a tema disciplinado em direito substancial (material), enquanto que a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual.

Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo a responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A consequência disso será que, ao invés de o consumidor provar que a culpa pela ocorrência de um evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste (do profissional), que, in casu, deverá demonstrar que agiu com perícia, prudência ou zelo, não tendo, dessa forma, incidido em nenhuma das modalidades de culpa.

Ocorre, todavia, que está havendo abuso de direito por parte de alguns consumidores, que, apesar da facilitação da defesa de seus direitos, diante da inversão do ônus da prova pelo juiz em processos ajuizados, por ex., contra médicos, não se preocupam

na busca da verdade real, deixando o processo tramitar sem que façam qualquer esforço para demonstrar o direito que alegam.

Cito como exemplo o caso solucionado pela 9ª. Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça do Estado do RS, de minha relatoria, julgado em 31.8.2005, Apelação Cível n. 70009865544.

O autor, que já estava cego do olho esquerdo em virtude *retinopatia diabética proliferativa*, procurou o médico réu, proprietário de uma clínica médica que também era ré no processo, a fim de operar o olho direito que, segundo ele, ainda tinha 70% de acuidade visual. Queria, pois, melhorar a visão deste olho.

Antes da cirurgia, submetera-se a uma panfotocoagulação, mas face ao progresso galopante da doença, o autor estava praticamente cego, com apenas “percepção de luz” (PL) ou 1% de acuidade visual. Exames clínicos anteriores destacaram este fato.

A indicação para eventual melhora da situação grave em que se encontrava o autor, era a cirurgia de *vitrectomia via pars plana*, a fim de tentar reverter o quadro final da retinopatia diabética profeliferativa, que é a maior causa de cegueira em todo o mundo nos dias de hoje.

No entanto, após duas cirurgias a “percepção de luz” era a mesma. O autor já estava cego.

Saliento que o autor era diabético juvenil – quando da ação já tinha 30 anos de idade – e quando procurou os réus já estava cego do olho esquerdo em virtude da doença, sendo que não

soube explicitar ao médico réu quando fizera o último controle glicêmico.

E, vejam, que o controle glicêmico é fundamental para combater a evolução da doença, demonstrando, assim, verdadeira negligência com a própria saúde.

Mais, após a primeira consulta com o réu médico, retornara para nova consulta 45 dias após, negligenciando quanto ao avanço da doença.

No tramitar da ação, os réus trouxeram fitas de vídeo para a perícia, pagaram os honorários do perito, apresentaram quesitos, falaram sobre o laudo, enfim, exerceram o direito de defesa.

No entanto, o autor silenciou totalmente, eis que não apresentou quesitos, não indicou assistente técnico, não se manifestou sobre o laudo pericial, não requereu complementação da perícia ou esclarecimentos do perito, o qual, por sua vez, sustentou que os réus agiram dentro das normas adequadas e que o médico réu deu o tratamento comprovado cientificamente, visando melhorar a visão do autor.

Surpreendentemente, o magistrado de 1º grau considerou que não havia provas esclarecedoras da situação posta e, de ofício e no ato sentencial, INVERTEU O ÔNUS DA PROVA em favor do autor, considerando, então, que o réu médico agiu com culpa, eis que não comprovara a não incidência desta no caso cirúrgico, condenando os réus a indenizarem dano moral e fixou pensão.

Daí o recurso de apelação para o 2º grau de jurisdição, que reformou a sentença e julgou improcedente a ação, visto que:

1) Foi facilitado ao máximo o exercício do direito de defesa do autor (art. 6, VIII, do CDC), mesmo que o juiz não tivesse invertido o ônus da prova durante a instrução.

2) O momento processual utilizado para a inversão do ônus da prova pelo magistrado de 1º grau - a sentença -, não oportunizou que os réus pudessem melhorar a prova técnica já efetivada, causando-lhes cerceamento de defesa.

3) O autor não conseguiu demonstrar tivesse o réu médico agido com culpa, pois restou atestado nos autos que foi usado o tratamento adequado para tentar amenizar a sua dor.

4) O dever de informação do médico, a respeito das conseqüências do tratamento que aplicou, presume-se que foi fornecido ao autor, até por que a boa fé objetiva não pode servir de excesso, o seu uso, quando o próprio autor abandonou o destino da causa para o que desse e viesse.

5) Havia a chance, mas não a garantia de que o resultado fosse efetivamente o esperado pelo médico réu, ou pelo paciente/autor. Tratava-se pois de uma obrigação de meio e não de resultado por parte do médico.

6) Por conseqüência, a mesma doença que causara a cegueira do olho esquerdo, causou a do direito, mas não por imperícia do médico réu.

Enfim, dando-se uma passada geral no ônus da prova, podemos concluir que:

Na responsabilidade extracontratual subjetiva, à vítima é essencial a demonstração do prejuízo, a transgressão da norma e o nexo de causalidade. Na objetiva, à vítima não há o ônus de provar a culpa ou dolo do agir do agente causador do dano, mas apenas o nexo causal de tal agir e o dano – v. g., o Estado ou o Transportador -..

Na responsabilidade contratual, o mero descumprimento injustificado de uma prestação avençada resulta para a parte lesada a possibilidade de reparação do dano que, em regra, substitui a prestação. É mister, em regra, a existência de culpa na responsabilidade que decorre de um contrato, pelo descumprimento da prestação ou seu cumprimento inadequado e a comprovação do nexo causal deste agir com o descumprimento da prestação.

Portanto, agindo o devedor com culpa ou mesmo dolo, a reparação do prejuízo abrangerá não apenas a prestação devida, mas também todos os danos que surgirem dessa inexecução, como danos emergentes e lucros cessantes.

Enfim, **o ônus da prova transfere-se** para o devedor quanto ao dano causado na responsabilidade contratual, que terá de provar a ausência de culpa, a hipótese de caso fortuito ou força maior ou ainda qualquer outro fator excludente de sua responsabilidade.

No caso de responsabilidade extracontratual, a prova cabe à vítima, tanto da culpa, quando exigida (na objetiva cabe à outra parte provar que assim não agiu), do dano e do nexo de causalidade.

Creio ter esgotado a matéria a que me propus expor, esperando que este encontro jurídico colha, para vocês, um início de uma nova pesquisa sobre o nosso instrumento de trabalho, que é o direito e, principalmente, sobre o ônus da prova, que ainda traz discussões no desenrolar das lides.

O ônus da prova, pois, é que acaba por diferenciar, como exposto acima, a responsabilidade contratual da extracontratual. Isso é o que penso.

Obrigado.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 2005.

Obras consultadas:

Programa de Responsabilidade Civil, de Sérgio Cavalieri Filho, 5ª. ed., Malheiros Editora.

Responsabilidade Pós-Contratual no novo CCv e no CDC, de Rogério Ferraz Donnini, Ed. Saraiva.

Revista AJURIS/70, artigo do Des. Voltaire de Lima Moraes, sobre o ônus da prova no CPC e no CDC.

Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, de Rui Stoco, 4ª. ed., Editora RT.