



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A relativização do ônus estático probatório

Rafael Gomes Nobre Pereira

Rio de Janeiro
2014

RAFAEL GOMES NOBRE PEREIRA

A relativização do ônus estático probatório

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador: Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro
2014

A RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS ESTÁTICO PROBATÓRIO

Rafael Gomes Nobre Pereira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo: O trabalho apresentado aborda a distribuição do ônus da prova e suas hipóteses de relativização, previstas na Lei 8.078/90 (Código de defesa do consumidor). Levando em consideração posições doutrinárias acerca da fase adequada para inversão do ônus da prova, e ainda, a jurisprudência prevalente do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Processo civil. Distribuição do ônus da prova. Inversão do ônus da prova.

Sumário: Introdução. 1. A distribuição do ônus da prova: evolução histórica. 2. Da inversão legal do ônus da prova (*ope legis x ope judicis*) 3. Da igualdade processual e da relativização do ônus probatório 4. A fase processual adequada para a relativização do ônus estático probatório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar os principais aspectos controvertidos na sistemática do processo civil à luz das relações de consumo regido pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no que tange a distribuição do ônus probatório.

Apesar de o legislador ter expressamente propiciado a previsão legal acerca da distribuição do ônus da prova, no artigo 333, I e II, do código de processo civil brasileiro, primando-se, como regra, pela distribuição estática do ônus probatório, a complexidade técnica e as controvérsias acerca do tema proposto, emergem diante da sistemática da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Com efeito, a doutrina processual tem analisado que, em diversas situações, a aplicação da teoria estática do ônus probatório pode resultar injustiças ao resultado natural do processo, haja vista a dificuldade na produção probatória do fato constitutivo do direito do autor da demanda, ou ainda, o réu da demanda não possua condições mínimas pelos meios probatórios de provar algum fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor da demanda.

Nas relações de consumo a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) propõe uma releitura dos institutos processuais, à luz de uma interpretação constitucional, fundamentada pelo sistema de garantias constitucionais.

Ressalte-se, que as normas de natureza processual devem ser interpretadas conforme os princípios constitucionais, objetivando a maximização das garantias constitucionais, como por exemplo: o princípio da isonomia.

Neste artigo, serão analisadas as hipóteses de relativização legal da distribuição do ônus da prova, à luz teoria da dinâmica do ônus da prova, distinguindo da teoria da carga estática do ônus da prova adotada pelo Código de Processo Civil, através de uma releitura constitucional.

Assinale-se, ainda, que a palavra ônus não possui significado análogo ao de obrigação. Ônus é a faculdade que o demandante dispõe para praticar ou deixar de praticar algum ato processual que possa lhe proporcionar vantagem própria ou como consequência possa produzir consequência negativa ao demandante.

Em razão disso, a relativização do ônus da prova por força da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em antinomia com o artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil, cria ao tema especial relevância para a comunidade jurídica, justificando-se, assim, a sua pesquisa.

1. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente, registre-se, que o estudo da sistemática do processo civil brasileiro mudou seu foco para os resultados a serem concretamente atingidos pela prestação jurisdicional. Ressalte-se, a expressão de “garantia de um processo justo”, de modo a efetivar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça.

Com efeito, seria desarrazoado num artigo sucinto fazer uma digressão sobre os vários acontecimentos históricos que antecederam a formação do ônus da prova como hoje é aplicado no direito brasileiro, desta forma, será feita uma breve exposição histórica do ônus da prova no direito comparado, com a contribuição do direito romano e germânico, pois se torna necessário restringirmos o campo de pesquisa.

Não se tem notícias de quando surgiu o ônus da prova. Sendo assim, é preferível tomarmos o estudo a partir do direito processual romano, que serviu de inspiração para aplicação dos institutos no nosso direito pátrio, isto porque “a história não esclarece a quem tocava, nos albores da ciência do direito, o ônus da prova¹”.

Existem poucas notícias acerca das origens históricas acerca do ônus da prova, e isto pode ser explicado pelo fato de que tanto nas *legis actiones* quanto no período formular, a prolação de uma decisão não era imperiosa para o árbitro: caso não alcançasse suficiente convicção, mesmo tendo se valido de todos os meios para tanto, podia jurar *sib non liquere*, livrando-se da obrigação de sentenciar, ao que se seguia a nomeação de outro juiz pelo *pretor*²

Por tal razão existiram várias discussões sobre as origens do ônus da prova, sendo que a afirmação majoritariamente aceita é de que este instituto teve origem ainda no período formulário e posteriormente foi se desenvolvendo na fase *extraordinária*

¹ CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil*. Rio de Janeiro:Forense, 1966. p.27.

² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2000, p.41.

cognitio. Após a queda do Império Romano, a influência da desta doutrina voltou a ter importância e a ser novamente estudada a partir do século XI.

Por outro lado, existiu a contribuição do direito germânico no sentido de que o juiz delimitava o que deveria ser provado e quem deveria realizar este ato, sendo assim o processo era dividido em duas fases: uma primeira inerente à sentença de prova, onde o juiz declarava a quem cabia o ônus, normalmente o réu, porque o autor não reclamava um direito seu, mas a injustiça do comportamento do réu; e a segunda em que a parte sujeita ao ônus devia produzir a prova, que em geral tinha um caráter formal absoluto, determinando o prejulgamento da causa³.

Segundo Alexandre Câmara⁴:

o ônus da prova pode ser dividido em duas partes: uma primeira, que se pesquisa o chamado ônus subjetivo da prova, e onde se busca responder à pergunta “quem deve provar o quê?”; e uma segunda, onde se estuda o denominado ônus objetivo da prova, onde as regras sobre este ônus são vistas como regras de julgamento, a serem aplicadas pelo órgão jurisdicional no momento de julgar a pretensão do autor.

Logo, no capítulo seguinte o ônus da prova será explicitado em conjunto com a as hipóteses legais de relativização do ônus estático probatório, expresso nos artigos 6, VIII e 38, caput, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) com maior amplitude no próximo capítulo.

2. DA INVERSÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA (*OPE LEGIS X OPE JUDICIS*)

A Lei 8.078/90 estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social. O Código do Consumidor no seu artigo 6, inciso VIII,

³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v.2. p. 186.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v.1.

disciplinou a denominada inversão legal do ônus da prova (*ope judicis*), levando em consideração a verossimilhança das alegações do consumidor e sua hipossuficiência.

A fim de facilitar a defesa do consumidor em Juízo, o Código de Defesa do Consumidor previu a possibilidade de inversão do ônus da prova, a critério do magistrado, observada a verossimilhança das alegações do consumidor e sua hipossuficiência.

Ademais, deve o magistrado perquirir, com a ajuda das experiências e das regras de vida, a quem deve o ônus da realização da prova. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica.

O mesmo acontece, habitualmente, nas relações de consumo em que a outra parte tem o domínio de conhecimento técnico especializado, em transformação e aperfeiçoamento constantes, como ocorre no setor da tecnologia da informação

Com efeito, em razão dessas situações, o enquadramento no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova, para garantir a isonomia ao consumidor.

Logo, o magistrado tem a faculdade, com a devida prudência de proceder à inversão do ônus probatório presentes os requisitos legais, quais sejam: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor.

Por outro lado, no artigo 38 do mesmo diploma legal, existe uma modalidade obrigatória de inversão do ônus prova por força da lei (*ope legis*), no caso de da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.

Segundo Fred Didier Junior⁵ a inversão *ope legis* é aquela que decorre da lei, e determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum do artigo 333 do CPC, sendo, portanto, uma regra de julgamento, devendo o magistrado observar se as partes se desincumbiram dos seus ônus processuais.

Tais hipóteses previstas na legislação brasileira, em especial, na Lei 8.078/90 constituem modalidades de relativização do ônus estático probatório, tendo em vista que em tal legislação foi adotada a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, que permite o transporte do ônus probatório para a outra parte, desde que preenchidos os requisitos legais.

3. DA IGUALDADE PROCESSUAL E A RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.

No processo civil brasileiro é salutar normas e medidas que tenham como escopo reequilibrar as partes e possibilitar a litigância com paridade de armas, tendo em vista alguma causa ou circunstância extrínseca ao processo.

A igualdade perante a lei é base para a afirmação da igualdade perante o magistrado: da interpretação do artigo 5º, da Constituição nasce o princípio da igualdade processual.

A igualdade formal é aquela que tem previsão constitucional no artigo 5º. Por outro lado, na visão de Celso de Mello⁶:

⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2.ed. Bahia: JusPodivm, 2008, p.41.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. p.30. São Paulo: Malheiros, 2003, p.56.

o alcance do princípio da igualdade material não se limita a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, porque a própria lei pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Trata-se de preceito voltado tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador, e, como ressalta o autor, "não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas

E assevera, ainda que a:

lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Ressalte-se, que a igualdade formal e a igualdade material são duas faces da mesma moeda, denominada isonomia.

Desse modo, o magistrado se utilizaria de sua discricionariedade a fim de assegurar a eficácia jurídica e validade legal das hipóteses de relativização do onus estático probatório, fazendo com que haja a coexistência entre a igualdade formal e a igualdade material

Logo, diante de situações em que haja um desequilíbrio substancial se torna necessária à relativização do ônus estático probatório.

Nos termos do art. 333 do vigente Código de Processo Civil, cabe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o de provar os fatos extintivo, impeditivo e modificativo do direito do autor.

As práticas de alguns atos ficam sob a responsabilidade das partes no processo. É neste ponto que abordamos a disposição do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, pois dependendo da posição na relação processual jurídica, o autor ou réu deve provar os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos.

Conforme ensina De Plácido e Silva⁷, a palavra ônus vem do latim *onus* (carga, peso, obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa em virtude do que está sendo obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los.

Washington de Barros Monteiro conceituou obrigação como sendo uma relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio⁸.

Durante algum tempo conceituava-se o ônus como sendo uma categoria de obrigação, em que o indivíduo teria um prazo para realizar um determinado ato para se obter o efeito jurídico pretendido, devendo respeitar o comportamento previsto na norma.

Posteriormente outra corrente foi tomando força no sentido de que o ônus não está ligado à obrigação, isto devido a sua faculdade, decorrendo que o seu não cumprimento, não haverá a conversão em um ato ilícito.

João Batista Lopes afirma que não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo. Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio⁹.

O ônus da prova parte do princípio que toda proposição precisa de sustentação, de provas para ser levada em consideração. Se tais provas e argumentos não são oferecidos, essa proposição não tem valor argumentativo e deve ser desconsiderada em um raciocínio lógico.

⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 282.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p.8.

⁹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p.37.

Como regra, o autor da demanda ou o réu, pelo artigo 333, I e II, do CPC, tem o ônus da prova, ou seja, a faculdade processual de realizar a prova que irá fundamentar suas alegações no processo.

Contudo, é relativizado o ônus estático probatório, em determinadas situações e por necessidades econômicas, sociais e políticas, razão pela qual foi inspirada a inversão do ônus da prova, a qual é aplicada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, a outra hipótese de relativização do ônus estático probatório, prevista no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, referente ao ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, relativizando o sistema adotado pelo CPC, qual seja do ônus estático probatório.

4. A FASE PROCESSUAL ADEQUADA PARA A RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS ESTÁTICO PROBATÓRIO

O tema é espinhoso na doutrina, pois existem três correntes de pensamento acerca do tema em análise, uma primeira corrente sustenta que a inversão deve ser realizada no despacho da petição inicial, já a segunda corrente argumenta que seria no momento da prolação da sentença, e a terceira corrente sustenta que deve ser efetuada a inversão do ônus da prova no início da instrução processual¹⁰.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹¹, o entendimento prevalente é de que:

trata-se de regra de instrução, devendo à decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo

¹⁰ MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC*. Revista do Advogado, São Paulo, vol.1, n.89. p. 87. dez.2006.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 422.778, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo>>. Acesso em: 17 out. 2011.

menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.

Logo, o STJ adota a terceira corrente de pensamento doutrinário, pelo simples fato que se deve aplicar o princípio do devido processo legal, pois o magistrado ao despachar a petição inicial, ainda não tem a resposta do réu, e ainda, se a relativização do ônus da prova ocorre na sentença o réu em tese é prejudicado, pois tem um tratamento diferente no sentido que não sabia do seu ônus de provar determinado fato.

Portanto, a fase processual que se mostra mais adequada para a realização da inversão do ônus da prova é aquele posterior à resposta e no qual antecede a fase de instrução do processo, tendo em vista a necessidade de observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, para possibilitar a especificação dos fatos controvertidos, de maneira a viabilizar uma isonomia substancial na distribuição do ônus probatório.

CONCLUSÃO

Atualmente, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro adotar uma distribuição estática do ônus da prova, tem se afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, de forma que o juiz atribui o ônus da prova à parte que possui melhores condições de produzi-la.

Este novo modo de distribuição visa manter o equilíbrio da relação jurídica, tratando as partes de forma isonômica. Contudo, essa aplicação só deve ser utilizada de forma excepcional, quando a parte incumbida de provas se mostra hipossuficiente ou diante de expressa previsão legal.

O tema comporta várias discussões, existindo correntes de pensamento doutrinário contrárias em alguns pontos, em especial, no que tange ao momento processual para a decisão que autoriza a relativização do ônus estático probatório, ou seja, a inversão do ônus da prova.

Assinale-se, ainda, que podemos concluir que a regra geral da distribuição estática do ônus da prova, vai depender da posição jurídica em que se encontrem as partes da demanda, chamada de ônus subjetivo, logo após, com fundamento na doutrina processual contemporânea, o magistrado pode e deve, na ausência ou insuficiência das provas decidirá o feito, levando em consideração o chamado ônus objetivo, devendo aplicar a regra de julgamento para quem não trouxe aos autos os elementos que sustentariam as alegações, ou seja, quem não provou tem uma grande possibilidade de ter o julgamento pela improcedência do que se objetivava.

Ante o exposto, ausente a pretensão de esgotar toda a temática referente a distribuição e relativização do ônus probatório, esperamos que o objetivo inicial tenha sido atingido, e portanto, ainda que de forma breve, esperamos ter explicitado de forma clara e objetiva os principais aspectos da relativização do ônus probatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 422.778-SP, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo>>. Acesso em: 17 out. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.

CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil*. Rio de Janeiro:Forense, 1966. p.27.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito Processual Civil*. Volume II. 2ª ed.p 79. Bahia: JusPodivm, 2008.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC*. Revista do Advogado, São Paulo, vol.1, n.89. p. 87. dez. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, 4º volume, 1ª parte, p.8.

OLIVEIRA, César Augusto. Ônus da prova. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/C%C3%A9sar%20Augusto%20de%20Oliveira-formatado.pdf>> Acesso em 21 de Julho de 2014.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2000 – vol.44 – Coleção Estudos de Direito do Processo ENRICO TULLIO LIEBMAN. p.41.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 282.