

**O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO
OU REGRA DE PROCEDIMENTO: DIVERGÊNCIAS
DOUTRINÁRIAS E COMPARATIVO DE
JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL**

Artur Pessoa de Melo Morais

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife
– UFPE.
Advogado.

RESUMO: O sistema jurídico brasileiro, em matéria probatória, para além da distribuição estática do ônus da prova, prevista no artigo 333, do CPC, adota três outros sistemas: o da inversão *ope legis* (ou da redistribuição do ônus probatório), o da inversão *ope judicis* e a teoria da carga probatória dinâmica. Nesse contexto, entretanto, remanescem sérias divergências no que toca ao momento propício para a redistribuição do *onus probandi*, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencialmente. O presente trabalho teve por fim analisar e expor o modo pelo qual vêm decidindo, quanto ao tema, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Jurídica; Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa; Ônus da Prova; Teoria Estática do Ônus da Prova; Teoria da Carga Probatória Dinâmica; Inversão *Ope Legis* do Ônus da Prova; Inversão *Ope Judicis* do Ônus da Prova; Regra de Julgamento; Regra de Procedimento; Comparativo Jurisprudencial.

SUMÁRIO: 1. Segurança Jurídica, *Due Process of Law*, Contraditório e Ampla Defesa. 2. O Direito Constitucional à Prova. 3. Valoração das Provas e *Onus Probandi*. 3.1. Distribuição Estática do Ônus da Prova. 3.2. Inversão *Ope Legis* do Ônus da Prova. 3.3. Inversão *Ope Judicis* do Ônus Probatório. 3.4. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 4. Ônus da Prova e Momento Processual. 4.1. Ônus da Prova como Regra

de Julgamento. 4.2. Ônus da Prova como Regra de Procedimento. 5. Comparativo Jurisprudencial. 5.1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 5.2. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 5.3. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5.4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5.5. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 5.6. Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. SEGURANÇA JURÍDICA, *DUE PROCESS OF LAW*, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

É cediço que, pretendendo instituir verdadeiro Estado Democrático e de Direito, a Assembleia Nacional Constituinte, quando da elaboração e promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, consagrou, ainda no âmbito preambular, dentre outros, os princípios da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”¹.

Voltando os olhos, mais especificamente, ao valor segurança jurídica, tem-se que, embora frequentemente apareça associado aos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, relacionados à aplicação do direito intertemporal, a eles não se limita, alcançando, pois, um espectro de influência muito mais amplo. Em verdade, conforme aduz o Ministro Gilmar Mendes, “como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”².

E tal não poderia ser diferente, haja vista que, juntamente com o valor justiça e com o da dignidade da pessoa humana, a segurança constitui uma das bases do Estado de Direito. Como bem lembra Luiz Regis Prado,

o sistema jurídico é uma forma de disciplinar a vida no seio do grupo social – ou a utilização de meios racionais para captar e traduzir a unidade e a ordenação da experiência social –, em um país e em um determina-

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 381.

do momento histórico, afirmando-se a positividade do Direito como fator básico da segurança jurídica e do Estado de Direito³.

A seu lado, e com o mesmo *status* de princípio constitucional geral, figura, no ordenamento brasileiro, o devido processo legal (originado do brocardo “*due process of law*”), previsto no inciso LIV, do art. 5º, da Carta Republicana, que funciona como critério de aferição da validade dos atos oriundos do Poder Público. Através dele, é garantido que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, donde exsurge o “direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto”⁴, além do que se impõe que toda “medida restritiva de direitos fundamentais deve revelar-se adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*”⁵. Assim, segundo explicita Guilherme Peña de Moraes, “o devido processo legal, em vez de meramente proteger o modo do procedimento, foi feito para alcançar o conteúdo substantivo da legislação”⁶, pelo chamado *substantive due process*.

Destarte, calcado no sempre relevante escólio do Ministro Celso de Mello, é possível se afirmar que:

[...] o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa (inclusive das pessoas estatais), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem [...] consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art.

³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 39.

⁵ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

⁶ Idem.

5º, LIV e LV) [...] ⁷.

Como corolários da segurança jurídica e do devido processo legal, ainda se apontam outros dois importantes princípios que regem o sistema jurídico pátrio: o do contraditório e o da ampla defesa, positivados no inciso LV, do art. 5º constitucional.

Tais postulados, na lição do Ministro Gilmar Mendes, afiguram-se como direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo, tendo “relevância não apenas no processo judicial civil e penal, mas também no âmbito dos procedimentos administrativos em geral. E para não incorrer em omissão, reconhece-se, às vezes, o significado desse princípio até mesmo nas relações privadas”⁸.

Em poucas linhas, tem-se que o contraditório está ligado à possibilidade de resistência da parte, em juízo, à pretensão formulada pelo adversário. Conforme explica Fredie Didier Jr., a “democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório”, que, desta maneira, “deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder”⁹.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, traduz o direito fundamental consistente em um conjunto de meios adequados ao exercício do contraditório, tratando-se, desta forma, do aspecto substancial deste.

Tais garantias constitucionais, conforme expõem o Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, desenvolvem-se em três outros direitos:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida liminar. **AC n. 2.893-MC/PI**. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>> Acesso em: 24/4/2013.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 383.

⁹ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 45.

por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas¹⁰.

Sintetizando, portanto, é lícito afirmar que o contraditório e a ampla defesa, como garantias fundamentais insculpidas no ordenamento jurídico brasileiro, garantem, aos cidadãos, seja qual for o polo que ocupem na relação processual, o direito à participação nos processos judiciais – sejam cíveis ou criminais –, e nos administrativos, através do que serão expostos e suscitados argumentos, teses e fatos que, alfim, deverão exercer influência sobre a sentença judicial que porá fim ao litígio. Extrai-se logicamente, daí, a pertinência de sua discussão em matéria probatória.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

De acordo com o que expõe Fredie Didier Jr., “é possível definir o processo jurisdicional como o ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional”¹¹. Tal fenômeno jurídico, contudo, não se deve dar dissociadamente da realidade, de modo que, para se prolatar uma decisão judicial justa e adequada, é imprescindível a averiguação da ocorrência dos fatos alegados através da atividade probatória, excetuados os casos expressamente ressalvados pelo próprio sistema.

Nesse diapasão, a “prova significa, a um só tempo, os instrumentos de que se vale o magistrado para formar seu convencimento, a partir dos fatos que passa a conhecer [...], bem assim como o próprio juízo valorativo que se forma a partir dos fatos que são expostos e afirmados”¹². Deste modo, poder-se-ia afirmar que prova é tanto o meio retórico, admitido por lei,

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 436-437.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 75.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 772.

quanto a própria convicção dele decorrente, ou seja, é o somatório dos fatos que produzem um estado espiritual de certeza.

Embora seja pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, a existência e a necessidade de respeito ao direito constitucional de defesa – com espeque, inclusive, nos já mencionados princípios do contraditório e da ampla defesa –, discute-se, atualmente, porém, ainda não com tanta mansuetude, a consagração constitucional do direito à produção de provas. Parcela significativa da doutrina, contudo, vem o admitindo – donde se podem citar Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Jr., Eduardo Cambi, Ricardo Raboneze, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, dentre outros. É que, conforme explicitam estes últimos,

a partir da cláusula do devido processo legal decorre a afirmação de um direito de acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada (permeado pelo direito à ampla defesa e contraditório), conduzindo, com mão segura, à conclusão de que há um direito subjetivo de influir no espírito do julgador, convencendo-o dos argumentos apresentados, o que explicita um direito constitucional à prova¹³.

A partir do reconhecimento de tal direito, e, ainda, com supedâneo nos direitos constitucionais à segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, tem-se, por consequência, que qualquer diploma normativo legal, ato administrativo ou decisão judicial que indevidamente impeça, obstaculize ou dificulte a produção probatória estará em desconformidade com a ordem constitucional, haja vista o assento, daquele, na Carta Cidadã de 1988. Tal, contudo, não implica dizer que a produção probatória dar-se-á ilimitada e desregradadamente. Ao contrário, deverá o direito constitucional à prova

[...] ser exercido em harmonia com as demais garantias e princípios constitucionais, submetendo-se, na hipótese de colidência, à necessária ponderação dos interesses, de modo a buscar, no caso concreto, aquele que respeita com mais amplitude a dignidade da pessoa humana – que se constitui pedra de toque, fundamento

¹³ Ibidem, p. 776.

de todo o sistema jurídico brasileiro¹⁴.

3. VALORAÇÃO DAS PROVAS E *ONUS PROBANDI*

A partir do disposto no artigo 131, do Código de Processo Civil – segundo o qual o Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento –, pode-se afirmar que, no Brasil, vige, como regra geral, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, por meio do qual é dada ao Magistrado a livre apreciação da prova – ou seja, sem a chamada tarifação legal de provas –, que, contudo,

está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência¹⁵.

Tem-se, portanto, que, no sistema brasileiro, o Juiz deve retirar sua convicção do acervo probatório constante dos autos, exercendo, sobre ele, um juízo de ponderação acerca da qualidade e da força probante de cada elemento, balizado, contudo, por determinados parâmetros predispostos pelo legislador, que “servem como técnicas desenvolvidas para combater/evitar arbitrariedades judiciais – decisões lastreadas em nenhuma ou qualquer prova”¹⁶.

Dentre tais critérios, no âmbito do direito privado, é possível mencionar, a título de exemplo, a pormenorização legal dispendida à questão das provas tanto nos artigos 212 a 232, do Código Civil de 2002, quanto nos artigos 332 a 443, do CPC.

¹⁴ Ibidem, p. 777.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 42.

¹⁶ Idem.

Além do mais, também auxiliarão o Magistrado, em sua apreciação probatória, as regras que versam sobre o ônus da prova.

Impende, contudo, de logo, ressaltar que, de modo geral,

o ônus jurídico pode ser conceituado como a necessidade de adoção de uma conduta, não pela imposição da norma, mas para a defesa de um interesse jurídico. Não se trata de um dever ou de uma obrigação, pois o seu inadimplemento não gera sanção e o seu cumprimento não satisfaz um direito subjetivo alheio, simplesmente proporciona uma vantagem ou evita uma desvantagem para o seu próprio titular. A parte terá a discricionariedade de decidir como melhor lhe aprouver¹⁷.

Em sede processual, mais especificamente, há para os litigantes o chamado *onus probandi*, que pode ser conceituado sob dois aspectos: de um lado, subjetivamente, constitui uma regra de conduta dirigida às partes, relacionada aos fatos que a cada uma caberá provar ou demonstrar perante o Estado-juiz. D'outra banda, objetivamente, o ônus é a regra de julgamento que deve ser aplicada pelo Magistrado quando se revelarem insuficientes as provas produzidas – até mesmo porque, no sistema brasileiro, é vedado o *non liquet*, não sendo, pois, dado ao Juiz alegar insuficiência de provas para se desincumbir do dever legal de julgar.

As regras sobre o ônus da prova, portanto, revelam-se de elevada importância, pois, se, por um lado, vão influenciar o comportamento processual das partes na fase de instrução da causa, por outro, auxiliarão o julgador quando, na hora de proferir a sentença, deparar-se com uma deficiência probatória. Nesse aspecto, portanto, regra geral, o ônus da prova tem feição de regra de julgamento, uma vez que, além de estabelecer quem assumirá o risco da não demonstração do fato – e não simplesmente determinar a produção da prova –, só deverá ser aplicado “subsidiariamente, nos casos em que não foram produzidas provas suficientes para o esclarecimento das alegações de fato”¹⁸. Isso porque, pelo princípio da aquisição da prova, uma vez produzida, pouco importará, no momento de

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 117

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 75.

prolação da sentença, de qual parte adveio, mas, sim, o fato que foi por ela demonstrado.

No sistema processual brasileiro, o ônus da prova poderá ser encarado em quatro principais situações: na distribuição estática do ônus da prova, nas hipóteses de inversão legal, nos casos de inversão judicial e, ainda, na teoria da distribuição dinâmica do *onus probandi*.

3.1. DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil brasileiro adotou, como regra, a teoria clássica ou estática do ônus da prova, distribuindo-o prévia e abstratamente.

Desta feita, conforme disposto em seu artigo 333, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, sendo nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte seu exercício.

Está relacionada, portanto, nitidamente, tal regra, à ideia de que “a parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento”¹⁹.

A partir de tal entendimento é que o CPC distribui, aprioristicamente, o *onus probandi*, sem, contudo, levar em conta as peculiaridades dos casos concretos.

3.2. INVERSÃO OPE LEGIS DO ÔNUS DA PROVA

Em que pese a regra geral da distribuição estática *supra*, o próprio legislador, em determinados casos, e também de maneira apriorística, isto é, sem levar em consideração as peculiaridades do caso que se põe em juízo, modifica as normas atinentes à distribuição do encargo probatório.

Entretanto, conforme bem alerta Fredie Didier Jr., “visível é que não

¹⁹ Idem.

há aí qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC²⁰. Por isto, fala-se, nesses casos, em regras de redistribuição do ônus probatório.

A título de exemplo de inversão *ope legis*, é possível citar o artigo 38, do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, em sede consumerista, caberá a quem as patrocina – ou seja, ao fornecedor.

3.3. INVERSÃO *OPE JUDICIS* DO ÔNUS PROBATÓRIO

Ocorre a inversão *ope judicis*, por sua vez, quando o legislador, não taxativamente excepciona a regra geral do ônus da prova, como se dá na inversão *ope legis*, mas “abre a oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta”²¹.

Bastante citado exemplo de inversão judicial do *onus probandi* é a hipótese do inciso VIII, do artigo 6º, do CDC, segundo o qual:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - 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.

Tem-se, pois, que, através deste dispositivo, o sistema protetivo de defesa do consumidor permite ao Juiz, diante do caso concreto, a inversão do *onus probandi*, desde que hipossuficiente seja o consumidor ou verossímil sejam suas alegações.

De acordo com André Gustavo C. de Andrade, a hipossuficiência do consumidor é condição aferível,

²⁰ Ibidem, p. 78.

²¹ Ibidem, p. 79.

[...] apenas dentro de uma relação de consumo concreta, na qual estivesse configurada situação de flagrante desequilíbrio, em detrimento do consumidor, de quem não seria razoável exigir, por extremamente dificultosa, a comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito²².

Por outro lado, caracteriza-se a verossimilhança das alegações quando o aduzido pelo consumidor perante o Magistrado assemelhar-se à verdade, isto é, quando tiver a aparência de verdadeiro. Trata-se, portanto, “de importante regra, autorizando o juiz a determinar, inclusive *ex officio*, tal inversão, com fundamento na facilitação da defesa do consumidor em juízo”²³.

3.4. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

E, por fim, há ainda se falar na teoria da carga probatória dinâmica, que, cada vez mais, vem sendo discutida no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiro.

Em que pese remanescerem vozes em contrário sentido, a exemplo de Daniel Knijnik – segundo o qual o inciso II, do parágrafo único, do art. 333, do CPC²⁴, é “o único caso em que o legislador permite que o juiz interfira nas regras de distribuição do ônus probatório (neste caso, convencionais), para equilibrá-las à luz do caso concreto”²⁵ –, a citada teoria da distribuição dinâmica vem ganhando força – a partir dos princípios da igualdade, da

²² ANDRADE, André Gustavo C. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**: o momento em que se opera a inversão e outras questões. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136> Acesso em: 29 de abril de 2013.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 784.

²⁴ Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁵ KNIJINK, Daniel. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Tereza Arruda. **Processo de Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 944.

lealdade, da boa-fé, da solidariedade com o órgão judicial e do acesso à justiça – em sede doutrinária e, até mesmo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁶.

Encontra supedâneo, tal teoria, no fato de que

nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar²⁷.

Desta feita, através da carga probatória dinâmica, a prova do fato incumbirá a quem melhores condições tiver de produzi-la, conforme se apresente no caso *sub judice*. Ou seja, por esta alteração do *onus probandi*, que se dá *ope judicis*, casuisticamente, a requerimento do interessado ou mesmo pelo julgador, *motu proprio*, é determinada a uma das partes a produção da prova, mesmo que o ônus não seja seu, “consoante se mostre a atividade probatória mais fácil, mais acessível, mormente por se encontrar, aquele a quem se onera, no controle dos meios probatórios”²⁸.

Conforme bem salientam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condi-

²⁶ Cf. REsp nº. 1.084.371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe: 12/12/2011.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 90.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 783.

ções de provar. Assim, cumprirá o órgão jurisdicional com seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência desse corte visa a superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça²⁹.

Nesse diapasão, “o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas”³⁰.

4. ÔNUS DA PROVA E MOMENTO PROCESSUAL

Conforme já adrede exposto, regra geral, as normas atinentes ao ônus da prova caracterizam-se como regras de julgamento, devendo ser consideradas pelo Magistrado quando, mesmo diante da insuficiência de elementos probatórios, veja-se compelido a julgar a lide que lhe foi proposta.

Tal se justifica porque, pelo art. 333, do CPC, é possível notar que o ordenamento brasileiro, em regra, adota a teoria estática de distribuição do *onus probandi*, pelo que, de antemão, os litigantes já têm ciência de quais provas deverão produzir para não restar sucumbentes no processo judicial. Desta feita, o autor saberá que deverá demonstrar em juízo os fatos constitutivos de seu direito, enquanto o réu deverá se desincumbir da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do alegado direito do autor.

Esta linha de raciocínio também pode ser estendida às hipóteses de inversão *ope legis* do ônus probatório, haja vista que, por igual, as partes, previamente, já estão conscientes do que deverão provar no desencadear do processo. Por conseguinte, não haverá se alegar surpresa quanto à aplicação, na sentença, das regras relativas ao *onus probandi*, inclusive porque, pelo art. 3º, do Decreto-lei nº. 4.657/42 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

O panorama, contudo, não se revela pacífico no que toca às já explanadas inversão judicial do ônus da prova e teoria da carga probatória

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 336/337.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 91.

dinâmica, havendo, quanto a elas, grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive na sede dos Tribunais Regionais Federais e, mesmo, no Superior Tribunal de Justiça.

De antemão, impende anotar que

a grande polêmica que se forma diz respeito ao momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova. Basicamente, há 3 possibilidades ou correntes, cada qual sustentando o melhor momento processual para isso:

- 1) a inversão deve ser determinada no despacho liminar;
- 2) para outros, deve anteceder à instrução do feito, na fase de saneamento do processo;
- 3) deve ser realizada no momento de prolação da sentença³¹.

Dentre estas correntes, em geral, pode-se dizer que as que têm maior peso e adesão em sede doutrinária são a segunda e a terceira, pelo que se passa a analisar os argumentos que fundamentam cada uma delas.

4.1. ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

Para significativa parcela da doutrina, as normas relativas ao ônus da prova, mesmo nas hipóteses de inversão *ope judicis*, têm natureza de regra de julgamento, pelo que o momento próprio da inversão seria o da prolação da sentença, não sendo possível acontecer antes desta fase processual. Ou seja, conforme leciona João Batista Lopes, “é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente”³².

Isto porque – com Chaves e Rosenvald –, além do fato de a inversão

³¹ GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Momento processual de inversão do onus da prova na tutela do consumidor. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano III, n. 14, pp. 40-43, out./nov./dez. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/590/3.3.1%20Momento%20processual%20de%20invers%C3%A3o%20do%20%C3%B4nus.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 de abril de 2013.

³² LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 51.

do ônus da prova não reclamar anterior comunicação do julgador ao réu, sendo possível acontecer, inclusive, em segundo grau de jurisdição, dada a índole da norma protetiva do consumidor, “é facultada às partes a produção ampla de provas na fase instrutória do procedimento, somente surgindo a inversão quando o juiz não conseguir formar juízo de valor com as provas produzidas”³³. Desta feita, pela tão-só possibilidade de, na decisão do litígio, ser invertido o encargo probatório, o fornecedor já deveria, durante o trâmite processual, desincumbir-se da prova que, posteriormente, poderá lhe ser atribuída.

Além disso, para os referidos autores, se o réu, dispondo de elementos probatórios aptos e suficientes para o esclarecimento dos fatos, intencionalmente deixa de apresentá-los, está violando o princípio da cooperação processual, pelo que deverá arcar com as consequências daí advindas.

Nesta linha de raciocínio, posicionam-se: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, João Batista Lopes, Nelson Nery Jr., Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, dentre outros.

4.2. ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE PROCEDIMENTO

D’outra banda, há aqueles que advogam em contrário sentido. Segundo explana Fredie Didier Jr., “a regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota”³⁴, não se tratando, pois, de regra de julgamento, como a que distribui estaticamente o ônus da prova.

Via de consequência, revela-se imprescindível que o Magistrado comunique, antes de proferir a sentença, às partes, a inversão, seja *ope judicis*, seja aquela decorrente da distribuição dinâmica, “em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento”³⁵, inclusive porque

se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 786.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 81.

³⁵ Idem.

peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia³⁶.

Portanto, e em atenção aos já mencionados princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além do direito constitucional à prova, não seria possível apenar aquele que não provou a veracidade ou inveracidade de dado fato sem que se lhe tenha sido conferida a oportunidade de fazê-lo, evitando-se, com isso, a surpresa. Desta forma, enquanto se prestigia a isonomia entre as partes e a adequação das normas processuais ao caso concreto *sub judice*, também se evita a vulneração da própria ideia de segurança jurídica.

Neste sentido, advogam: Fredie Didier Jr., Antônio Gidi, Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Cambi, Artur Carpes, Maristela da Silva Alves, Manoel de Souza Mendes Júnior, Rizzato Nunes, dentre outros.

5. COMPARATIVO JURISPRUDENCIAL

Expostas as divergências doutrinárias acerca do tema que ora se discute, passa-se a analisar a maneira pela qual vêm sendo aplicadas, jurisprudencialmente, as regras atinentes ao ônus da prova, no âmbito da Justiça Federal brasileira.

5.1. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que exerce a jurisdição federal nos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, além do Distrito Federal, já se posicionou sobre a inversão do *onus probandi* no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. CEF. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO

³⁶ GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 13, p. 38, jan./mar. 1995.

CONSUMIDOR. CONTA POUPANÇA. SAQUE INDEVIDO. FALHA DO SERVIÇO CARACTERIZADA. DANOS MATERIAIS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. 1. **A inversão do ônus da prova é regra de julgamento, razão pela qual pode ser decretada em sede de sentença e até mesmo no julgamento em segunda instância, consoante entendimento perfilhado pelo STJ.** 2. Nos termos da Súmula 297 do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. 3. A possibilidade de saque indevido em sistema de “Caixa Rápido” é verossímil, correspondendo a golpe cada vez mais utilizado por estelionatários, sendo certo que o Autor é hipossuficiente (comerciário), com movimentação financeira relativamente pequena, cenário que justifica a inversão do ônus da prova, tal como previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor - CDC. 4. A responsabilidade da CEF na relação com seus clientes é objetiva, só podendo ser excluída pela demonstração, a seu cargo, de que houve culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, tudo nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Existência de fato incontroverso, consubstanciado em saques indevidos realizado em prejuízo do Autor, caracterizando a falha do serviço prestado. 6. **Invertido o ônus da prova e observando-se que a responsabilidade da CEF, como fornecedora do serviço é objetiva, lhe cabia comprovar que houve culpa exclusiva do correntista autor ou de terceiro, do que não se desincumbiu,** fazendo mera ilação de que o próprio Autor efetuou o saque. [...] 11. Apelação da CEF desprovida.

(AC 200433000171957, JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 29/01/2010 PAGINA: 276) [grifo nosso]

No mesmo ano de 2010, também se decidiu:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONSUMIDOR. SAQUE NÃO RECONHECIDO PELO CORRENTISTA. CULPA DO AUTOR NÃO

COMPROVADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEF. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDIFERENTE O MOMENTO DA DECLARAÇÃO. LEI 8.078/90. DANO MORAL. REDUÇÃO.

1. **Respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa** (art. 5º, inciso LV, da CF), é indiferente o momento da declaração de inversão do ônus da prova, porquanto deveria a instituição financeira agir de logo com a máxima presteza na produção de provas que auxiliassem na apuração dos fatos.
2. Verifica-se do depoimento da funcionária do PROCON que não procede a alegação de que “a gravação feita pela Recorrente em seu sistema de segurança... deixou claro que a prática do ato se deu por conta ÚNICA E EXCLUSIVA do ‘ofendido’”.
3. Decidiu o STJ que há muito se consolidou “o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista” (REsp 662608/SP, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 05/02/2007).
4. A instituição financeira é responsável, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos oriundos dos serviços prestados.
5. O autor é hipossuficiente, sendo essa hipossuficiência capaz de dificultar a defesa judicial de seus direitos ante a falta de disponibilidade de elementos probatórios, que, em tese, encontram-se ao alcance do fornecedor.
6. Somente a CEF dispõe - ou deveria dispor - de equipamentos de filmagem para registrar tudo o que ocorre em suas agências. Assim, poderia apresentar as filmagens do local onde foi efetuado o saque reputado indevido.
7. A instituição bancária, ao adotar novas tecnologias tendentes à otimização de seus

serviços e à redução de seus custos operacionais, deve observar medidas indispensáveis à preservação da segurança das operações realizadas por seus clientes, inclusive mediante instrumentos que registrem a forma como ocorrem essas mesmas operações. 8. **“Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha”**; “se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência” (STJ, REsp 727843/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 1º/2/2006). [...] 12. Apelação da CEF parcialmente provida para reduzir a indenização por danos morais ao valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 13. Sucumbência recíproca mantida. (AC 200238010033225, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 29/01/2010) [grifo nosso]

Observa-se, portanto, que a Quinta Turma do Egrégio TRF da 1ª Região inclina-se no sentido de que a inversão do ônus da prova configura-se como regra de julgamento, podendo ocorrer no momento de prolação da sentença, sem que haja a anterior necessidade de informar, disso, o litigante.

5.2. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Dos julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que exerce jurisdição sobre os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, extraem-se os seguintes acórdãos sobre a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FGTS. SAQUE INDEVIDO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. AGRAVO RETIDO 1. Não se afigura válida a sentença recorrida quando, revogando decisão anteriormente proferida, cerceia o direito da parte prejudicada de postular a produção probatória. 2. **Havendo controvérsia a respeito de fatos cuja prova não se encontra nos autos, é imprescindível que o juízo que inverteu o ônus da prova primeiro defina a regra de julgamento que pretende aplicar, deixando indubitado a quem incumbe tal ônus, viabilizando ao mesmo a produção da prova faltante.** 3. Apelação conhecida, para, de ofício, determinar a anulação da sentença recorrida. Agravo retido e mérito da apelação prejudicados.

(AC 200551010094746, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 10/11/2010) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL. ECT. CORRESPONDÊNCIA NÃO ENTREGUE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NÃO TRADUZ RELAÇÃO DE CONSUMO. ÔNUS DA PROVA. ENCARGO PROBATÓRIO DA PARTE AUTORA. ART.37, § 6º. CF. INDEMONSTRADO CONDUTA COMISSIVA OU OMISSIVA. - Inicialmente, examino a questão prévia, concernente ao acenado cerceamento de defesa, traduzida na ausência de produção de prova, eis que proferida sentença sem ter oportunizado as partes produção de provas, especialmente oitiva de testemunhas. Desacolho-a, na medida em que cuida-se de fato incontroverso, pelo que despicenda a produção de prova suplementar. - Quanto à prestação de serviços a que se refere o art.22 do CDC, no que diz respeito a sua aplicação aos órgãos públicos. Mesmo que se admitisse a configuração de relação consumerista estrito *sensu*, como é cediço, a **inversão do encargo probatório, “depende de circunstâncias concretas apuradas pelo juiz no contexto da facilitação, da defesa dos direitos do consumidor”** (STJ), REsp

598620, DJ 18/4/05), não se operando ipso facto (STF, REsp 284995, DJ 22/11/04), impondo-se o reconhecimento, assim, que a produção de prova seja reconhecidamente impossível, sem aplicação das regras de experiência comum (STJ, REsp 769879, DJ 10/10/05), **devendo, por derradeiro, operar-se no momento “situado entre o pedido inicial e o saneador”** (“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, RIZZATO NUNES, SARAIVA, 2a. ed., 2005, pág.135), **de molde a se preservar o princípio do devido processo legal**, orientação firmada, inclusive pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Súm.91). - A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, na qualidade de prestadora de serviço público, submete-se à regra da responsabilidade objetiva estabelecida no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, bastando a comprovação do nexo causal entre o fato e o dano, para fazer surgir a obrigação de indenizar. - Há que se vislumbrar um nexo etiológico entre a conduta, e o dano experimentado (STF, RE 172025, DJ 19/12/96), sem o qual, não obstante a presença daqueles, inviabiliza-se o reconhecimento indenizatório (STJ, REsp 44500, DJ 9/9/02). Estabelecidas estas coordenadas, deve-se ainda ser observada algumas regras específicas para o serviço postal. - É de se afirmar que, mutatis mutandis, a Egrégia 4ª Seção Especializada desta Corte Regional, já teve a oportunidade de apreciar a matéria em questão, quando do julgamento dos Embargos Infringentes na AC no. 2001.02.01.012929-7, na Sessão do dia 23/06/2005, que por unanimidade deu provimento ao recurso da ECT, por entender que a parte deixou de atender as regras estabelecidas para o serviço postal, quando deixou de declarar quando do ato de postagem, o valor dos objetos e de seu conteúdo. - *In casu*, a parte autora deixou de atender a regras estabelecidas para o serviço postal, quando deixou de declarar quando do ato de postagem, o valor dos objetos, restando constatado que tal conduta não foi observada pela parte autora, como bem sinalado na decisão de piso. - Assim, a meu juízo, além de ter-se indemonstrado qualquer conduta da parte ré, quer comissiva, quer omissiva, causadora de dano, este não se traduziu, no caso presente, por não

haver lesão de molde a se alçar a questão ao plano do dano moral, apresentando-se, assim, como mero aborrecimento, que inautoriza qualquer pleito indenizatório. - Por outro lado, considerando serem os autores beneficiários da Justiça gratuita, deixo de condená-los em custas processuais e honorários advocatícios. - Recurso parcialmente provido.

(AC 200850010128100, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 29/04/2010 - Página: 463/464) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SAQUES INDEVIDOS REALIZADOS POR TERCEIRO. FRAUDE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDENIZACIONES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. I – Dizendo a lide respeito a contrato firmado com instituição bancária, a submissão às regras do Código de Defesa do Consumidor deflui da própria literalidade do §2º de seu art. 3º, entendimento este que veio a ser confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado nº 297 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, *verbis*: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. II - **Se, em momento anterior ao do julgamento, de modo a não causar indevida surpresa à parte ré, determina o juízo a inversão do ônus da prova, à luz do art. 6º, inc. VIII, da Lei n.º 8.078/90, e o réu, devidamente intimado, requer a produção de prova pericial mas se omite em apresentar os documentos necessários à perícia grafotécnica e, bem assim, deixa de depositar os honorários periciais, nenhuma outra alternativa se apresenta ao magistrado senão a de admitir como verdadeiros os fatos narrados pelo autor na inicial, reconhecendo que os saques ocorridos na sua conta teriam sido realizados por terceiro, mediante fraude.** III – Embora vigore, em nosso sistema, como regra geral, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, fundada na

culpa, a verdade é que em determinadas situações excepcionais, como ocorre no caso das atividades de prestação de serviços, o fornecedor responde pelos danos causados aos consumidores de forma objetiva, ou seja, independentemente da demonstração de culpa (§2.º do art. 3.º e art. 14 do CDC). Assim sendo, a mera demonstração do dano enseja a responsabilização da instituição financeira que, a despeito das oportunidades concedidas, se omite em comprovar a existência de causas excludentes de sua responsabilidade. IV – O fato de terceiro que exonera o fornecedor de sua responsabilidade é somente aquele que não guarda conexão com a atividade empresarial desenvolvida, assim como o caso fortuito excludente da responsabilidade não pode ser aquele que se reconhece como fortuito interno, ou seja, fato que se liga à organização da empresa, relacionando-se com os riscos do negócio. V – Não merece reparos a decisão que fixa indenização por danos materiais no montante correspondente ao valor objeto dos saques indevidos, e por danos morais em valor seis vezes superior à quantia indevidamente sacada da conta do consumidor, por não se revelar tal valor exorbitante nem incompatível com o abalo psíquico sofrido pela vítima, consideradas ainda a sua posição socioeconômica, bem como a capacidade financeira da instituição bancária-ré, além de atender o caráter pedagógico que deve nortear a referida indenização. VI – Apelação da CEF desprovida.

(AC 200051010138156, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 29/09/2009 - Página: 178) [grifo nosso]

Poder-se-ia afirmar, a partir de tais julgados, que o Eg. TRF da 2ª Região manifesta-se no sentido de que a inversão do ônus da prova não pode ocorrer sem que antes sejam científicas as partes. Há, no entanto, julgamentos em diverso sentido:

AGRAVO INTERNO. BANCOS. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO.
1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às

instituições financeiras. 2. **Com relação à inversão do ônus da prova, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que se trata de uma regra de julgamento, não constituindo cerceamento de defesa que a mesma se dê quando do julgamento da demanda.**

3. Ora, sendo o caso de inversão do ônus probatório, caberia CEF provar que não houve prestação de serviço inadequado, de sorte que deveria ter provado a regularidade da cobrança das tarifas bancárias, o que efetivamente não ocorreu, logo, a manutenção da sentença se impõe. 4. Recurso improvido.

(AC 200551080000765, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 10/05/2011) [grifo nosso]

Observa-se, desta feita, certa variabilidade, nos julgamentos daquela Corte, acerca da matéria probatória ora analisada.

5.3. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Do âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com jurisdição nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, sobre o tema, extraem-se: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557. AGRAVO LEGAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROVA PERICIAL. CABIMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras estão submetidas às disposições do CDC, editando a Súmula nº 297, que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. 2. Todas as ações que têm por objeto o recebimento de crédito fornecido pelas instituições financeiras ou revisão contratual exigem, via de regra, a produção de prova pericial e de custo considerável, de sorte que o consumidor não tem condições de arcar com os custos da produção da prova pericial, até porque estão com grande parte da renda comprometida

com o pagamento das prestações. 3. Estando o contrato objeto da lide submetido às regras do CDC, é cabível a inversão do ônus da prova, com fundamento no artigo 6º, inciso VIII, daquele diploma legal. 4. **A inversão do ônus da prova não configura regra de julgamento, pois tal inversão, ainda na fase instrutória, evita que se surpreendam as partes litigantes, ao contrário do que acontece se sua análise se dá somente quando da prolação da sentença.** 5. Agravo legal improvido.

(AI 201003000138451, JUIZA SILVIA ROCHA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 01/04/2011) [grifo nosso]

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL NO ÂMBITO DO SFH - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROVA PERICIAL: NECESSIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: ADMISSIBILIDADE, NA FASE INSTRUTÓRIA. 1. Agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da ação em que se discute contrato de financiamento de imóvel celebrado no âmbito do SFH, indeferiu a produção de prova pericial, bem como a inversão do ônus da prova. 2. De um lado, o agravante afirma que as prestações foram reajustadas por índices diversos do pactuado, e de outro lado, a agravada sustenta o cumprimento fiel do contrato. Portanto, trata-se de questão controvertida cujo esclarecimento demanda a produção de prova pericial. Precedentes. 3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras, como prestadoras de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, §2º, estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, editando a Súmula 297: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. 4. No mesmo sentido firmou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-DF, excetuando-se da abrangência do CDC apenas “a definição do custo das operações ativas e a remuneração das ope-

rações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia”. 5. As ações que têm por objeto a revisão de contratos de financiamento de imóveis celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação exigem, via de regra, a produção de prova pericial complexa e de custo considerável. 6. É cabível a inversão do ônus da prova, com fundamento no artigo 6º, VIII, do CDC, sendo consequência da determinação de inversão do ônus da prova que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito também seja invertida. Precedentes. 7. **A inversão do ônus da prova é regra de produção da prova e, portanto, o momento de sua aplicação é durante a fase instrutória. A legislação processual, como regra geral, atribui ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Se for o caso de inversão dessa regra, as partes devem ser intimadas antes do término da fase instrutória, de forma a ter a possibilidade de produzir as provas que entenderem pertinentes.** 8. **A aplicação da regra de inversão do ônus da prova somente por ocasião do julgamento implicaria em violação ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, já que surpreenderia a parte que não produziu a prova porque não foi cientificada de que teve esse ônus atribuído pela decisão judicial que inverteu a regra geral.** Precedentes. 9. É consequência da determinação de inversão do ônus da prova que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito também seja invertida. Precedentes. 10. Agravo de instrumento provido.

(AI 00075707120074030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial DATA: 22/10/2010, PÁGINA: 220) [grifo nosso]

Ter-se-ia, desta maneira, em um primeiro momento, que o Eg. TRF da 3ª Região também se inclinaria no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus probatório se caracteriza como regra de procedimento ou de atividade, pelo que não poderia ocorrer somente no momento da prolação

da sentença. Tal entendimento, contudo, não é unânime naquela Corte Federal. Vejam-se:

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES INDEVIDOS. CONTA CORRENTE. EXCLUDENTE DE ILICITUDE INOCORRENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INTIMAÇÃO DAS PARTES. NÃO IMPUGNAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO A QUO. 1. A responsabilidade civil das instituições financeiras por falha do serviço é objetiva, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme Súmula nº 297 do STJ. 2. **A inversão do ônus da prova, como medida excepcionada àquela da produção das provas (art. 333 do CPC), refere-se a mecanismo de elucidação por quem detém melhores condições de produzi-las, tanto porque a capacidade técnica lhe é favorável, quanto porque a outra parte carece de meios para constituir prova robusta de seu direito.** 3. **A inversão do ônus da prova constitui verdadeira regra de julgamento, através da qual o juiz, no momento de prolação da sentença, verifica sua aplicação com vistas a resguardar os direitos inerentes ao consumidor posto em desvantagem, diante do poderio econômico intrínseco à atividade desempenhada pela instituição financeira.** 4. Apesar disso, cumpre ressaltar que as partes foram advertidas da inversão do ônus *probandi* durante a fase instrutória, decisão que sequer foi impugnada pelo recurso cabível. 5. É inviável à apelada produzir prova de fato negativo, qual seja, a prova de que não realizou os referidos saques ou de que não revelou sua senha a terceiro. 6. O sistema é passível de falhas que podem ocasionar prejuízos ao consumidor, cabendo à Caixa oferecer segurança a seus clientes, com implantação de mecanismos idôneos a evitar fraudes e comprovar o verdadeiro autor dos saques contestados.

[...] 11. Apelação parcialmente provida.

(AC 00252536720014036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial DATA: 17/06/2010, PÁGINA: 52) [grifo nosso]

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE INDEVIDO. DANO MATERIAL E MORAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. I - **A inversão do ônus da prova é regra de julgamento. Os documentos juntados dão conta de que a CEF participou ativamente de toda a instrução do processo, não tendo, bem por isso, experimentado qualquer prejuízo, vez que tinha, há muito tempo, plenas condições de provar os fatos desconstitutivos e impeditivos do direito do autor.** O entendimento defendido pela CEF é antigo, não sendo aceitável que ela alegue desconhecimento das regras do CDC, quando, à época da sentença, esse diploma legal já tinha 15 anos de vigência. II - O dever de indenizar, por outro lado, não exige a inversão do ônus da prova, não tendo pertinência questão relativa à sua atribuição a uma das partes. No caso em apreciação o autor não tem como comprovar que jamais efetuou os saques em comento, e não por negligência sua, como alega a recorrente. Esta, por sua vez, também não tem como demonstrar o contrário. **Diante da existência de elementos cuja prova se mostra impossível, cabe ao magistrado a aferição de outros elementos importantes de convicção, para decidir com maior segurança, pela veracidade de uma ou de outra versão, pautando-se pelos princípios de direito material aplicáveis à espécie, sem que isso implique em qualquer ofensa ao art. 333, I, do CPC.** [...] IV - Não há como afastar a responsabilidade da CEF em indenizar o autor pelos saques realizados indevidamente em sua conta poupança, eis que é prestadora de serviços bancários e responde, objetivamente, pelos danos infligidos aos consumidores, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, questão pacificada em nossa jurisprudência

com a edição da Súmula 297 pelo C. Superior Tribunal de Justiça. [...]

(AC1141561, JUIZ ALESSANDRO DIAFERIA, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 DATA: 18/08/2011) [grifo nosso]

5.4. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Já na sede do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com jurisdição nos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, é possível ressaltar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDEFERIMENTO DE PLANO. A norma referente à **inversão do ônus da prova** (art. 6º, VIII, do CDC) **dirige-se ao juiz no momento de avaliar as provas produzidas pelas partes e reconhecer os fatos alegados na inicial**. Dessa forma, na espécie, o afastamento de plano da aplicação do Código de Defesa do Consumidor implica na impossibilidade de sua incidência no momento oportuno. Agravo provido.

(AG 200004011326116, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 18/07/2001 PÁGINA: 445) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. SFH. REVISÃO JUDICIAL. [...] Assim, no presente caso aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor naquilo em que for pertinente a sua incidência. Não se trata, aqui, de cancelar a inadimplência ou os desvios dos clientes das instituições financeiras, eis que a norma em questão veio a lume para humanizar as relações de consumo, dando igualdade de partes no plano material. A cláusula pacta sunt servanda, com temperamentos, continua em vigor. A liberdade contratual, sob a ótica do direito civil constitucional, reclama boa fé objetiva tanto do credor como do devedor. Portanto, como já salientado, o Código de Defesa do Consumidor em vigor aí está para humani-

zar as relações de consumo. Desse modo, a aplicação das regras de proteção do consumidor aos contratos bancários, por si só, não significa a procedência total dos pedidos da parte autora, mas sim, que as cláusulas contratuais serão interpretadas favoravelmente ao consumidor, sempre que se apresentarem duvidosas, ambíguas ou contraditórias e que impliquem prejuízos. Nos demais casos, o contrato será interpretado de acordo com as regras de hermenêutica estabelecidas para a exegese dos demais negócios jurídicos. Ainda, importa esclarecer que o pacto firmado entre as partes pode ser efetivamente considerado de adesão. Contudo, não há falar, apenas por ser de tal natureza, na abusividade de todas as cláusulas contratuais, devendo a análise ser feita pontualmente, em relação a cada item impugnado, a fim de se afastar atos ilícitos ou que causem lesão ao consumidor. [...] Por fim, **a inversão do ônus da prova**, prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90, **não é obrigatória e depende da análise de requisitos básicos** (verossimilhança da alegação e hipossuficiência da parte), **os quais não se presumem, estando ausentes na hipótese dos autos.** A respeito, cito o seguinte julgado: Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA. SIMILITUDE FÁTICA. INEXISTÊNCIA. (...) III - **A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6.º da Lei n.º 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento, ope judicis, desde que o consumidor seja hipossuficiente ou seja verossímil sua alegação.** Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (STJ. REsp n.º 241.831/RJ. Terceira Turma. Rel. Ministro Castro Filho. DJU de 03.02.2003, p. 314. Grifei.) Entretanto, ressalvo que o fato de não se inverter o ônus da prova não impede a aplicação do Código de Defesa do Consumidor naquilo que for pertinente a sua incidência, tal como exposto. [...]

(AC 00002998520074047209, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 12/05/2010.) [grifo nosso]

Observa-se, desta feita, que essa Eg. Corte mais se inclina no sentido de reconhecer as normas de inversão *ope judicis* com natureza de regra de julgamento, devendo, pois, ocorrer quando da prolação da sentença.

5.5. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Ademais, da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que exerce a jurisdição federal nos estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, colacionam-se as seguintes decisões:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REABERTURA DE DISCUSSÃO ACERCA DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INDENIZAÇÃO. DEVOUÇÃO DE CHEQUE POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO (CCF). DANOS MORAIS. CRÉDITO EM CONTA DE POUPANÇA. LICITUDE DA ATUAÇÃO DA CEF. ARTIGO 5º, INCISO V, DA CF/88. I - A prova documental trazida aos autos demonstra que a devolução do cheque por insuficiência de fundos não foi motivada por falha no sistema operacional bancário, nem decorreu de erro administrativo da CEF, mas de ausência da solicitação de resgate da poupança e transferência para a conta corrente por parte do particular, onde a inversão do ônus da prova pretendida não socorre o pedido de indenização. O autor/apelante foi cobrado e teve seu nome incluído em cadastro negativo (CCF) de acordo com o Contrato bancário firmado com a instituição, legalmente amparado. II - É certo que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, podendo ser decretada até mesmo em segunda instância, entretanto, no caso dos autos, restou devidamente fundamentado no voto condutor do julgamento, parte integrante do acórdão ora embargado, que a responsabilidade objetiva da CEF foi excluída pela demonstração, a seu cargo, da ocorrência da culpa exclusiva do autor/embargante, nos termos do art.

14, do CDC. III - Não ocorreu o alegado cerceamento de defesa (artigo 5º, LV, da CF/88 prequestionado). [...] (EDAC499437/01/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 31/08/2010) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. INO-CORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PRELIMINARES PROCESSUAIS REJEITADAS. EMPREGADO DA CAIXA. CONCESSÕES IRREGULARES DE FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS. ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. PROCEDÊNCIA. 1. A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL buscou jurisdicionalmente a condenação do réu ao pagamento de R\$ 297.610,79 (duzentos e noventa e sete mil seiscientos e dez reais e setenta e nove centavos), decorrente de concessões irregulares de financiamentos habitacionais, apuradas mediante processo administrativo nº. 05.00030/1998, que concluiu pela responsabilidade civil/administrativa do débito, conforme demonstrativo de apuração de débito referente ao período de 17/05/1998 a 30/06/2004. [...] 4. No mérito, mister registrar **que a doutrina pátria tem defendido a tese de que as regras sobre ônus da prova não são regras de procedimento, mas sim de julgamento. O processo somente deve ser resolvido com base nos ditames sobre ônus da prova, previstos no art. 333 do Código de Processo Civil, quando aquilo que se pretende ver provado nos autos não o foi a contento. Com isso, quer-se dizer que a solução do processo com base na distribuição do ônus da prova deve ser adotada somente em caráter subsidiário.** 5. Nas diversas oportunidades em que a produção de prova testemunhal foi possível, o advogado do réu, de boa ou má-fé, mas sempre injustificadamente, criou obstáculos à realização da audiência. Em razão disso, com fulcro no art. 453, parágrafo 2º, CPC, foi dispensada a oitiva das testemunhas arroladas pelo réu. 6. Em virtude da carência probatória, é de se imputar ao réu o ônus da ausência

de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Isso porque os fatos constitutivos do direito autoral, quais sejam as diversas irregularidades decorrentes de financiamentos imobiliários viciados, devidamente apuradas em regular processo administrativo instaurado no âmbito da instituição-autora, não foram objeto de contraprova por parte do réu. [...] (AC491433/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 22/06/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 01/07/2010) [grifo nosso]

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. JULGAMENTO CITRA PETITA. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE. FATOR DE ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE ORDEM. ABUSIVIDADE. 1. Apelações desafiadas pela Caixa Econômica Federal - CEF e por Marcelo Henrique Vaz Marinho em face da sentença que, em sede de Embargos à Execução de Título Extrajudicial, fundada em Contrato Particular de Consolidação, Confissão, Renegociação de Dívida e outras obrigações, deu provimento, em parte, aos Embargos, para reconhecer “a nulidade da cláusula sétima que prevê a renúncia ao benefício de ordem”, tendo estabelecido a sucumbência recíproca. 2. No tocante à preliminar de nulidade da sentença, em face do suposto julgamento citra petita, suscitada pelo particular em suas razões de Apelo, porquanto não teria sido apreciado o pedido de inversão do ônus da prova, bem como o questionamento se as cláusulas contratuais foram ou não redigidas com o devido destaque, ambos formulados em sede de embargos de declaração, não merece prosperar. 3. **Em relação à questão da inversão do ônus da prova**, foi exaustivamente debatida na instância monocrática, tendo o magistrado expressamente

explicitado, nas decisões que apreciaram os sucessivos embargos de declaração interpostos pelo particular, **que só cabe tal inversão no momento da prolação da sentença, se acaso não houver prova do fato ou for ela insuficiente para o julgamento da lide**; e ainda se houver necessidade da inversão, tal não implica impor à parte contrária os ônus com os custos da perícia requerida no processo, mas meramente estabelecer, no momento do julgamento do processo que, do ponto de vista processual, o consumidor não tem o ônus de produzir essa prova. [...] 12. Manutenção da sucumbência recíproca, tal como determinada na sentença, de modo que cada parte deve arcar com as custas e os honorários advocatícios (art. 21, caput, CPC). 13. Apelação da CEF improvida e Apelação do particular provida, em parte (item 9).

(AC 200884000034357, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 29/10/2012 - Página: 175) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CADERNETA DE POUPANÇA. ÍNDICES DE 26,06%, 42,72% e 21,87%. PRESCRIÇÃO. RECURSO REPETITIVO (REsp 1107201/DF). INTERRUPÇÃO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL a pagar aos autores a correção monetária resultante da incidência dos índices de 26,06%, 42,72% e 21,87% sobre os saldos das contas poupança nos períodos de sua incidência, acrescidos de juros e correção monetária, mas compensando-se com os percentuais já aplicados. O ilustre sentenciante fixou sucumbência recíproca das partes e condenou a CAIXA a recolher as custas processuais finais. [...] 6. No tocante à preliminar de ausência de comprovação de relação contratual de depósito em relação a alguns autores, de fato, **“o artigo 6º, inciso VIII, do Código**

de Defesa do Consumidor, citado no despacho do dia 23/09/2010 (fl. 214), **permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, contudo, a inversão só deve ser operada quando as circunstâncias do caso concreto admitirem a presunção de veracidade das alegações da parte hipossuficiente.** No caso em comento, essa presunção de veracidade só pode ser inferida se os poupadores ao menos comprovarem a existência da caderneta de poupança. Com a comprovação da existência da caderneta, poderá a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL apurar o período em que esteve ativa e quais as movimentações e respectivos saldos. **Em que pese a premissa esteja firmada, cumpre observar tal discussão poder ser aferida por ocasião do cumprimento do julgado, sem que, com isso, haja qualquer prejuízo à instituição financeira demandada, visto que a requisição dos extratos nesta fase processual acabaria por tumultuar o andamento da causa, trazendo óbices desnecessários ao seu deslinde.** [...] Ape-
lação improvida.

(AC 00006224920114058300, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 30/08/2012 - Página: 116) [grifo nosso]

Pode-se concluir, a partir de tais acórdãos, que o Eg. TRF da 5ª Região possui entendimento, mais ou menos unânime, no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer no momento de prolação da sentença, haja vista ter natureza de regra de julgamento.

5.6. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, por fim, cumpre salientar que a matéria ora discutida, no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, tem sido decidida, ao longo do tempo, com pouca uniformidade. Havia, contudo, uma inclinação, em dada medida, sobretudo no seio da Terceira Turma daquela Corte Superior, no sentido de que inversão *ope judicis* seria, de fato, regra de julgamento. Vejam-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR. CEGUEIRA CAUSADA POR TAMPA DE REFRIGERANTE QUANDO DA ABERTURA DA GARRAFA. PROCEDENTE. OBRIGAÇÃO SUBJETIVA DE INDENIZAR. SÚMULA 7/STJ. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERACÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR. REGRA DE JULGAMENTO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. ARTS. 159 DO CC/1916, 333, I, DO CPC E 6.º, VIII, DO CDC. - Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula nº 7 deste STJ. - Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”. - **Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.** Recurso especial não conhecido.

(REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220) [grifo nosso]

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM 2º GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. 1. Essa Corte firmou o entendimento de que é **plenamente possível a inversão do ônus da prova em 2º grau de jurisdição, pois cuida-se de uma regra de julgamento, que não implica em cerceamento de defesa para nenhuma das partes.** 2. Agravo regimental não provido.

(AGA 200800572655, VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), STJ - TERCEIRA TURMA, DJE – Data: 16/04/2010) [grifo nosso]

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O Processo Civil moderno enfatiza, como **função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo** (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um **julgamento por presunção**, essas regras devem ser **aplicadas apenas de maneira excepcional.** 3. As partes, no Processo Civil, têm o **dever de colaborar com a atividade judicial**, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão

individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. **Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.** 6. **A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favorável de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.** 7. Recurso especial conhecido e improvido.

(RESP 200901323778, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 07/02/2011) [grifo nosso]

Mais recentemente, contudo, parece ter havido uma mudança de paradigma, uma vez que alguns julgados da Segunda Seção daquela Corte posicionaram-se no sentido de reconhecer a importância da cientificação das partes, antes da prolação da sentença, acerca do *onus probandi* de cada uma delas.

Nesse sentido, colacionam-se:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. **A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei** ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), **ou por determinação judicial** ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14,

§ 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. **A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo).** Doutrina. **Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).** Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. **A inversão ‘ope judicis’ do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.** Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(RESP 200502038653, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE – DATA: 21/09/2011) [grifo nosso]

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo

legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. **A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso** (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprionexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, **a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade”** (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

(EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012) [grifo nosso]

6. CONCLUSÃO

Conforme já se fez referência, a discussão acerca das normas relativas à produção probatória, em sede cível ou penal, revela-se deveras importante, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, em que, além de a jurisdição ser monopólio do Estado – sendo, regra geral, vedada a autotutela ou justiça de mão própria –, estão consagrados, em nível constitucional, os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica.

Em última análise, discutir as normas que regulam a matéria probatória, inclusive aquelas atinentes ao *onus probandi*, visando a que seja amplamente

respeitado o já mencionado direito constitucional à prova, é garantir, aos litigantes, a não surpresa, sendo, pois, medida última de justiça material.

O ordenamento jurídico brasileiro, em que pese adotar, como sistema de valoração das provas, o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, estabeleceu diversas regras e parâmetros que devem ser levados em conta pelo Magistrado, em sua atividade judicante, com o objetivo de bem pôr fim à lide. Dentre tais critérios legalmente postos, citam-se aqueles que dispõem sobre o ônus da prova.

O Código de Processo Civil, como regra geral, adota, em seu artigo 333, o sistema de distribuição estática do ônus probatório, pelo qual cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto incumbe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daqueloutro. Tal disposição, contudo, não é absoluta. Segundo expõe Camilo José d'Ávila Couto,

A dinamicidade das relações sociais e a evolução tecnológica modificam a todo instante as relações jurídicas daí derivadas, influenciando o como provar (meios), o que deve e necessita ser provado (*thema probandum*), quem pode provar e quem deve sofrer as consequências da ausência de provas (ônus da prova). Em decorrência, o sistema processual perde em legitimidade ao continuar se servindo de regras absolutamente rígidas e não consegue evoluir no mesmo passo que a sociedade exige. Assim, não se pode considerar moderno um sistema processual no qual a distribuição do ônus da prova é estabelecida exclusivamente de forma prévia e abstrata, i.e., antes dos fatos ocorrerem no mundo real, como se fosse possível prever todas as hipóteses prováveis e plausíveis e enquadrá-las nessa mesma norma jurídica³⁷.

Nesse passo, no sistema brasileiro, consagram-se outras três regras relativas à distribuição do *onus probandi*: a inversão *ope legis* (ou redistribuição do ônus probatório), a inversão *ope judicis* e a teoria da carga probatória dinâmica.

³⁷ COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova**: teoria e prática. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

A diferença entre elas reside no grau de previsibilidade que o direito positivo confere às partes, sendo possível, inclusive, enxergar, nelas, uma ordem decrescente de classificação. Enquanto na teoria estática e na inversão *ope legis*, as partes, de antemão, já têm consciência do que deverão provar para que não restem sucumbentes na demanda judicial, haja vista que o legislador, aprioristicamente, determina as regras que deverão auxiliar o Juiz na apreciação do feito, na inversão *ope judicis*, a lei permite ao julgador a modificação do *onus probandi*, atendidos os requisitos postos, observadas, portanto, as peculiaridades do caso *sub judice*. E, por fim, na distribuição dinâmica da carga probatória, embora a lei não disponha a respeito, o Juiz determina que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”³⁸, sendo, assim, importante “ferramenta jurídico-processual que instrumentaliza e potencializa a efetividade da tutela dos direitos materiais através do exercício do poder jurisdicional”³⁹.

De acordo com o que dispõem Marinoni e Arenhart,

a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida. Nesse último sentido, a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir⁴⁰.

Portanto, subsidiárias ou supletivas que são, as regras que dispõem sobre o ônus da prova somente terão importância quando se revelar deficiente a instrução do caso que se deve julgar, máxime porque “se o juiz dispuser de provas suficientes para o seu convencimento, pouco interessa quem a produziu, uma vez que a prova é do juízo e não das partes”⁴¹, conforme impõe o princípio da aquisição da prova.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 91.

³⁹ COUTO, Camilo José d’Ávila, op. cit.

⁴⁰ MARINONI, Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 784.

E tal não discrepa nas hipóteses de inversão *ope judicis* ou de distribuição dinâmica do ônus probatório. Nesses casos, ainda que o Juiz modifique o *onus probandi* estaticamente previsto na norma positivada, respaldado por disposição expressa de lei processual ou não, somente deverá uma das partes suportar as consequências da não produção da prova de que deveria se desincumbir se se revelarem insuficientes os fatos demonstrados para a formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido, haver-se-ia, técnico-juridicamente, de reconhecer o encargo probatório como regra de julgamento, *concessa venia* dos entendimentos divergentes.

No entanto, impõe-se frisar, com aqueles que advogam no sentido de configurar, nesses casos, o *onus probandi*, regra de procedimento ou atividade, a necessidade de se informar a inversão do ônus da prova às partes, em tempo hábil, visando a possibilitar-lhes a devida instrução do feito. Tal dever de comunicação, além de encontrar fundamento nos multicitados princípios constitucionais *supra*, pode ser também extraído do § 2º, do artigo 331, do CPC, segundo o qual, na audiência preliminar, em não sendo obtida a conciliação, o Juiz, além de fixar os pontos controvertidos e decidir as questões processuais pendentes, determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Destarte, e em uma linha intermediária, conciliadora, poder-se-ia concluir que, mesmo na inversão *ope judicis* e na distribuição dinâmica da carga probatória, o ônus da prova configura regra de julgamento.

Todavia, nesses casos excepcionais, em que as partes não têm, de antemão, como saber quais elementos ou fatos deverão demonstrar em juízo, torna-se imprescindível que – além de se afigurar possível, fática e juridicamente, a produção da prova por aquele a quem se está atribuindo o ônus probatório – sejam, os litigantes, de tal inversão, cientificados, não se revelando adequada a modificação somente ao tempo da prolação da sentença, e, muito menos, em segundo grau de jurisdição.

Embora ainda remanesça oscilante, na Justiça Federal brasileira, como um todo, a aplicação de tais regras, em um sentido ou outro, revela-se necessária, e a partir do julgamento do Recurso Especial 802.832/MG e dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 422.778/SP, *retro*, uma uniformização jurisprudencial, reconhecendo-se, com o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que a inversão *ope judicis* do ônus da prova “deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou,

pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas⁴².

Desta maneira, estará o Poder Judiciário ratificando a importância do valor segurança, previsto na CF/88, extirpando, assim, do sistema processual brasileiro, a indesejada surpresa jurídica.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo C. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136> Acesso em: 29 de abril de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida liminar. **AC n. 2.893-MC/PI**. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>> Acesso em: 24/4/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Não provimento de Recurso Especial. **REsp n. 802.832/MG**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200502038653>>. Acesso em: 02/05/2013.

COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Não provimento de Recurso Especial. **REsp n. 802.832/MG**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200502038653>>. Acesso em: 02/05/2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 13, p. 38, jan./mar. 1995.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Momento processual de inversão do onus da prova na tutela do consumidor. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano III, n. 14, pp. 40-43, out./nov./dez. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/590/3.3.1%20Momento%20processual%20de%20invers%C3%A3o%20do%20%C3%B4nus.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 de abril de 2013.

KNIJINK, Daniel. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Tereza Arruda. **Processo de Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.