



APD

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. CPC/73. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROGRAMA DE PONTUAÇÃO. EXCLUSÃO ARBITRÁRIA. ÔNUS DA PROVA.**

1. A inversão do ônus da prova prevista no Diploma Consumerista (art. 6º, inc. VIII) não instituiu nova “distribuição estática” do ônus probatório, agora sempre em desfavor do fornecedor – o que sequer “distribuição” seria –, possuindo, ao contrário, natureza relativa. A partir de uma leitura contemporânea acerca da Teoria da Prova, cujo estudo conduz para uma distribuição dinâmica do ônus probatório, a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto.

2. Havendo prova de fato extintivo do direito da parte autora produzida pela demandada, qual seja, de que o consumidor autor nunca teria sequer aderido ao referido programa de pontuação, competia ao demandante comprovar minimamente a adesão ao programa reivindicado –, fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC/73 (art. 373, inc. I, do CPC/15), ônus do qual não se desincumbiu.

**APELAÇÃO DESPROVIDA.**

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA  
CÍVEL

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-  
46.2016.8.21.7000)

COMARCA DE TRAMANDAÍ

IVAN UBIRAJARA FONSECA DAVILA

APELANTE

BANCO ITAUCARD S/A

APELADO

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.



APD  
Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. ALBERTO DELGADO NETO (PRESIDENTE) E DES. MARTIN SCHULZE.**

Porto Alegre, 28 de junho de 2016.

**DES.ª ANA PAULA DALBOSCO,**  
Relatora.

## **RELATÓRIO**

**DES.ª ANA PAULA DALBOSCO (RELATORA)**

**IVAN UBIRAJARA FONSECA DAVILA** interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos por si formulados em face do **BANCO ITAUCARD S/A.**

Em suas razões, a parte autora sustenta ter sido suprimida, de forma abusiva, a pontuação que acumulava em seu cartão de crédito. Pugna pela inversão do ônus da prova, prevista no CDC, a fim de que o demandado demonstrasse os fatos alegados na peça defensiva. Requer o provimento do apelo, com a procedência da demanda.

Apresentadas contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

## **VOTOS**

**DES.ª ANA PAULA DALBOSCO (RELATORA)**

**Admissibilidade recursal**

Eminentes colegas.



APD

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada sob a égide do CPC/73, devendo ser apreciado sob esta legislação o presente recurso, em especial quanto a sua admissibilidade, nos termos dos enunciados administrativos expedidos pelo STJ acerca da aplicação do NCPC<sup>1</sup>.

O recurso interposto, então, atende aos pressupostos de admissibilidade, sendo próprio e tempestivo, havendo interesse e legitimidade da parte para recorrer, merecendo conhecimento.

Assim, passo à análise do mérito recursal.

#### **Mérito do recurso**

No mérito, a controvérsia recursal cinge-se em apurar sobre quem recai o ônus de demonstrar a participação do consumidor autor em programa de recompensas de cartão de crédito administrado pelo demandado, do qual teria sido abusivamente excluído.

E, nesse contexto, é por demais sabido que o Código de Defesa do Consumidor previu como direito básico do consumidor, em seu art. 6º, inc. VIII, a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, *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*<sup>2</sup>.

Todavia, importa ressaltar que a inversão do ônus da prova prevista no Diploma Consumerista não instituiu nova “distribuição estática” do ônus probatório, agora sempre em desfavor do fornecedor – o que sequer “distribuição” seria –, possuindo, ao contrário, natureza relativa.

<sup>1</sup> [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-C%C3%B3digo-de-Processo-Civil](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-C%C3%B3digo-de-Processo-Civil)

<sup>2</sup> 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.



APD

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Nesse sentido há elucidativo precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DOS FATOS ALEGADOS NA PETIÇÃO INICIAL. DECISÕES ANTERIORES FUNDADAS NAS PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. SÚMULA 7/STJ. NÃO COMPROVAÇÃO DOS ALEGADOS DANOS MATERIAIS E MORAIS SOFRIDOS.

- Ao autor, incumbe a prova dos atos constitutivos de seu direito.

- **Em que pese a indiscutível aplicação da inversão do ônus da prova ao CDC, tal instituto não possui aplicação absoluta. A inversão deve ser aplicada “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.**

- Entenderam as instâncias ordinárias, após análise das provas dos autos, que o recorrente não comprovou as falhas na prestação dos serviços contratados. Necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula 7 do STJ.

- O recorrente não provou a ocorrência de vícios no serviço que pudessem lhe conferir direito a uma indenização por danos materiais ou morais. Recurso especial não conhecido.

(REsp 741.393/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008)

Do mesmo modo vem se posicionando essa Corte:

CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DA MANUTENÇÃO DE CADASTRAMENTO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PAGAMENTO REALIZADO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO. ALEGADA CONCESSÃO DE DESCONTO NÃO EVIDENCIADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. **Ainda que se trate de relação de consumo, a inversão do ônus probatório em face da hipossuficiência da parte autora não é absoluta, eis que juris tantum, sendo necessário que o postulante acoste provas que demonstrem ou agreguem o mínimo de verossimilhança aos fatos argüidos,** o que incoorre no caso concreto. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. Prova documental evidenciando que a parte autora realizou pagamento em valor inferior ao devido. Concessão de desconto não evidenciada Débito que gerou a inscrição em órgãos restritivos de crédito legítimo, porquanto decorrente do inadimplemento de saldo de fatura do cartão de crédito. Fato que resultante do exercício legal de um direito pela apelada. Sendo legítima a inscrição, não se cogita de dano moral passível de reparação financeira. Sentença mantida. APELO



APD

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062953500, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac, Julgado em 25/03/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. A responsabilidade das instituições financeiras é objetiva, encontrando fundamento na Teoria do Risco do Empreendimento (art. 14, § 3º, da Lei n. 8.078/90 - CDC). **Incumbe ao autor o ônus processual de provar fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC), ainda que se trate de relação de consumo. A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não é absoluta.** Inexistindo falha na prestação de serviços, a instituição financeira pode efetuar a cobrança e o registro do nome em órgãos restritivos de crédito. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70053436648, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 26/06/2013)

De fato, a partir de uma leitura contemporânea acerca da Teoria da Prova, cujo estudo conduz para uma *distribuição dinâmica* do ônus probatório, “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”<sup>3</sup>. Nas palavras de Fredie Didier,

de acordo com essa teoria: *i)* o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; *ii)* sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; *iii)* pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); *iv)* não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidade de fazer a prova.<sup>4</sup>

Dessa forma, a partir do arcabouço probatório colacionado aos autos, tenho como não demonstrado minimamente fato constitutivo do direito da parte autora, qual seja, sua adesão ao programa de recompensas do

<sup>3</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v.2., p. 93.

<sup>4</sup> *Ibidem*, fl. 94.



APD

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

cartão de crédito administrado pela instituição financeira ré, do qual alega ter sido abruptamente excluída.

É que, diante da demonstração de que o consumidor autor nunca teria sequer aderido ao referido programa de pontuação, instrumentalizada através das pesquisas internas realizadas pelo demandado (fls. 13-15), incumbia a si demonstrar a mínima de que um dia já houvera usufruído de tal condição. Poderia a parte autora, efetivamente, acostar aos autos pelo menos 01 (uma) de suas faturas, dando conta da pontuação acumulada no período, o suficiente para ao menos conferir verossimilhança a suas alegações. Mas, diferentemente, nada juntou.

Dessa forma é que, no presente caso, havendo prova de fato extintivo do direito da autora produzida pela demandada (art. 333, inc. II, do CPC/73; art. 373, inc. II, do CPC/15), competia ao demandante comprovar minimamente a adesão ao programa reivindicado –, fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC/73 (art. 373, inc. I, do CPC/15), ônus do qual não se desincumbiu.

Assim, a manutenção integral da sentença vergastada, tal qual proferida, é medida que se impõe.

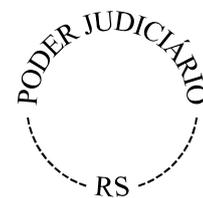
**DES. MARTIN SCHULZE** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. ALBERTO DELGADO NETO (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. ALBERTO DELGADO NETO** - Presidente - Apelação Cível nº 70069700706, Comarca de Tramandaí: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



APD

Nº 70069700706 (Nº CNJ: 0180264-46.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: LAURA ULLMANN LOPEZ