



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000997131

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2175275-36.2017.8.26.0000, da Comarca de Pereira Barreto, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é agravado NEDSON DRESSLER DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 28 de dezembro de 2017.

Campos Mello

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ag. 2175275-36.2017.8.26.0000 Pereira Barreto VOTO 41154

Agte: Telefônica Brasil S/A.

Agda: Nedson Dressler de Oliveira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA. DECISÃO QUE DETERMINA QUE A RÉ DEPOSITE OS HONORÁRIOS PERICIAIS. DECISÃO ALTERADA. A REGRA DE ÔNUS DA PROVA É DE JULGAMENTO, A SER APLICADA, SE NECESSÁRIO, NO JULGAMENTO. REGRA QUE NÃO INTERFERE COM A OBRIGAÇÃO DE ADIANTAR AS DESPESAS DE PRODUÇÃO DA PROVA. PROVA REQUERIDA APENAS PELA AUTORA. RECURSO PROVIDO.

É agravo de instrumento contra a decisão copiada a fls. 48 que, em demanda de obrigação de fazer, com pedido cumulado de indenização por danos morais, determinou que a ré adiantasse os honorários periciais definitivos.

Alega a agravante que a decisão não pode subsistir, pois lhe causou grave lesão. Aduz que o valor dos honorários do perito foi arbitrado em montante desarrazoado. Afirma que o autor deve arcar com os custos da prova pericial. Pede a reforma.

Processou-se o recurso também no efeito suspensivo, apresentada resposta.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A prova pericial foi requerida apenas pelo agravado (cf. fls. 297 do instrumento, fls. 187 dos autos principais). O recorrente não manifestou interesse na sua produção. Ainda assim, o magistrado a quo atribuiu a ele o ônus econômico da prova pericial, em decorrência da inversão do ônus da prova, com fundamento no art. 375, §1º, do C.P.C.

Ainda que necessária a prova pericial na espécie, o que deve ser observado é que a regra referente à inversão do ônus da prova é de julgamento, consoante proclama a boa doutrina, a ser aplicada no momento do sentenciamento, se e quando for necessário, ou seja, apenas na hipótese de o magistrado não lograr formar seu convencimento com os elementos probatórios até então existentes nos autos. A propósito, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: “*Como se trata de regra de juízo, quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o non liquet é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito*” (cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, “Código de Processo Civil Comentado” Ed. RT,

4ª ed., 1999, nota 15 ao art. 6º da Lei 8.078/90, p. 1.805).

Aliás, mesmo no âmbito da Lei 8.078/90 a boa doutrina proclama que a inversão só pode ser determinada **após** o oferecimento e valoração da prova (José Geraldo Brito Filomeno, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, Ed. Forense Universitária, 5ª ed., 1998, p. 119; Cíntia Rosa Pereira de Lima “A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, Ed. RT, *in* Revista de Direito do Consumidor n° 47, julho-setembro 2003, p. 229 e Ernane Fidelis dos Santos “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, Ed. RT, *in* Revista de Direito do Consumidor n° 47, julho-setembro de 2003, p. 277). No mesmo sentido, ainda, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Ag. 225.999-4, de Campinas, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Bedran).

É certo que o magistrado deve advertir os litigantes a respeito dessa possibilidade, para que o direito ao contraditório possa ser exercido na plenitude pelo réu, para que este não seja surpreendido com as consequências da não produção de prova que o juiz pode achar que está a cargo de quem está se defendendo. Impõe-se a advertência a respeito da possibilidade de inversão, justamente porque ordinariamente cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu alegado direito, ao passo que ao réu cumpre provar, em regra, fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do alegado direito do autor. E, se em determinada demanda pode ocorrer de a regra geral não ser aplicada, isso deve ser objeto de alerta. Mas, evidentemente, o juiz não deve adiantar convencimento a respeito, até mesmo porque as provas ainda não foram produzidas. Deve apenas alertar sobre aquilo que, a seu critério, pode ser que ocorra. Vale ressaltar que tal entendimento foi reforçado na redação do parágrafo primeiro do art. 373 do C.P.C.

De resto, eventual incidência da regra de inversão não derroga o disposto no art. 95, do C.P.C., ou seja, a aplicação dessa regra não tem o condão de obrigar a parte contrária a custear despesas da prova requerida pelo agravado. Assim, aliás, já se decidiu no extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil (Ag. 862.320-4, de São Paulo). É também o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça (Ag. Rg. no Ag. 884.407/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 5.11.07, Rec. Esp. 639.534/MT, 2ª Seção, DJU 13.2.06, Rec. Esp. 583.142/RS, 2ª Seção, DJU 6.3.06, Rec. Esp. 729.026/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 26.09.05, Rec. Esp. 579.944/RJ, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 17.12.04, Rec. Esp. 466.604/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 2.6.03, Rec. Esp. 443.208/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

17.3.03, Rec. Esp. 435.155/MG, 3ª T, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 10.3.03). Inversão do ônus da prova não significa inversão do ônus de custear a prova.

Em resumo, incide na espécie o disposto no art. 95 do C.P.C. e o adiantamento dos honorários do perito deverá mesmo ser feito pelo autor, salvo se beneficiário da gratuidade, hipótese que redundaria na adoção de outras providências.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

Campos Mello
Desembargador Relator