

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
3º ANO DIURNO – TURMAS 13 E 14
DPC0319 – Direito Processual Civil II: Procedimento Comum II (4 aulas)
Professor Associado HEITOR VITOR MENDONÇA SICA (heitorsica@usp.br)
PROVA DO 1º BIMESTRE

OBSERVAÇÕES

- A nota máxima da prova é 8,0 (oito).
- Os 2,0 (dois) pontos restantes serão atribuídos à luz da avaliação dos seminários.
- Cada questão vale 2,0 (dois) pontos.
- Não são admitidos arquivos, mas apenas texto inserido diretamente no Moodle.

QUESTÕES

Questão 1: João ajuíza demanda contra a “Indústria Rockfeller Rotschild S/A”, pedindo indenização por danos materiais e morais. A fim de provar a existência e a extensão dos danos, há a necessidade de realização de complexas provas periciais. João alega que os custos das provas periciais necessárias têm que ser suportados pela empresa-ré por dispor de mais poderio financeiro. ***Pode o juiz determinar que o réu arque com esse valor? Se sim, qual a consequência do descumprimento da determinação do juiz por parte do réu?*** Responda fundamentadamente.

Em princípio, o juiz não poderá inverter o ônus econômico da prova. Como regra, o ônus econômico acompanha o ônus da prova e quem alega a existência e a extensão dos danos é João. Assim, recai sobre autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (art. 373,I, CPC) e, logo, o ônus de seu custeio. O argumento de disparidade de poderio financeiro, por si só, é inapto a promover a respectiva inversão. Eventual gratuidade de justiça implica no custeio da prova com recursos públicos (art. 95, §§3º e 4º, CPC) e não na inversão do ônus econômico em desfavor da parte não requerente do ato.

Todavia, se verificadas determinadas circunstâncias, a inversão será cabível. Caso a relação jurídica entre João e a Indústria Rockfeller Rotschild S/A se configure como relação de consumo, suas alegações sejam verossímeis e João seja pessoa hipossuficiente (art. 6º, VII, CDC) – menor capacidade para produção da prova – em relação aos fatos atrelados aos danos, caberá a inversão do ônus e, logo, a inversão do ônus econômico da prova. Por outro lado, mesmo que não se trate de relação de consumo, será cabível a inversão diante da impossibilidade ou à excessiva dificuldade de João cumprir o encargo ou pela extrema facilidade da empresa em provar o fato contrário (art. 373, parágrafo único, CPC). Ainda, para a inversão, o magistrado deverá fundamentar sua decisão e levar em conta o risco de essa atividade não tornar a prova “diabólica” em desfavor do réu.

Se o ônus econômico recair sobre o réu e caso desse não se desincumba, sofrerá as consequências endoprocessuais de sua omissão. Isto é, serão presumidos como

verdadeiros os fatos que João pretendia demonstrar por meio da produção das provas periciais – no caso, a existência dos danos e a sua extensão.

Questão 2: Em uma das fábricas de alimentos da “Indústria Gates Bezos S/A” há um incidente de vazamento de amônia. Tão logo o fato veio a público, o Ministério Público ajuizou pedido de tutela cautelar (antecedente a ação civil pública) e obteve decisão liminar para apreender todo o lote de produtos produzido no dia do incidente e a busca e apreensão de arquivos e computadores da empresa. Após cumprimento da decisão liminar, o MP oficia o Ministério da Agricultura e pede análises laboratoriais de parte do lote de alimentos apreendidos. Além disso, o MP emendou a petição inicial para formular contra a empresa pedido de indenização por dano moral à coletividade de consumidores. Com base no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e do art. 6º, VIII, do CDC (Lei n. 8078/90), o MP pediu a inversão do ônus da prova contra a empresa-ré. Ao receber a emenda da petição inicial, o juiz defere o pedido nos seguintes termos: “presentes os requisitos legais, inverte o ônus da prova contra a empresa” e determina a sua citação para contestação. **Como advogado da empresa, que argumentos podem ser articulados contra a inversão do ônus da prova?** Responda fundamentadamente.

Nos termos do artigo 373, §1º, do CPC/15, a distribuição dinâmica do ônus da prova é medida de cunho excepcional, a qual só poderá ser aplicada se expressamente prevista em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, mediante decisão fundamentada do juiz.

No caso em referência, o magistrado deferiu a inversão do ônus da prova com fulcro no artigo 6º, CDC, sem, contudo, fundamentar a sua decisão, indicando quais dos requisitos legais teriam sido preenchidos (artigo 373, §1º e artigo 489, § 1º, do CPC/15). De acordo com a norma consumerista, cumpriria ao juiz indicar se a legação do autor é verossímil ou se o autor é hipossuficiente para, no intuito de facilitar a defesa do requerente, deferir a inversão do ônus probatório, o que, contudo, não foi feito no caso em referência.

Cumprir reforçar, ainda, que o MP, em âmbito liminar, já obteve acesso a substrato probatório. No caso, o MP garantiu a apreensão de todo o lote de produtos produzido no dia do incidente, bem como de arquivos e computadores da empresa. Ou seja, o MP já colheu e teve a oportunidade de examinar material apto a indicar se o seu pedido é ou não procedente. Não falta, portanto, ao MP os meios ou as condições de produzir quaisquer provas, apto a justificar um pedido de inversão do ônus probatório.

Na verdade, a apreensão de toda a sua produção no dia do alegado acidente impossibilita que a própria empresa possa produzir provas necessárias à sua defesa. Tem-se, aqui, situação em que se impõe à empresa verdadeira “prova diabólica”, na medida em que, com a apreensão de toda a sua produção, não dispõe ela dos substratos necessários a demonstrar, por meio de perícia, que não houve vazamento/dano, como alegado pelo MP. Ou seja, ante a apreensão de sua produção, ela não tem condições

de realizar a produção de prova que lhe foi atribuída, o que é expressamente vedado pelo artigo 373, §2º, do CPC/15.

A inversão não pode recair sobre todos os fatos, mas apenas sobre aqueles em que há hipossuficiência + verossimilhança.

Questão 3: Floripes Pertalhão promete vender imóvel a Jamal Alandro, pelo preço de R\$ 10 milhões, sendo R\$ 1 milhão à vista, R\$ 4 milhões em 90 dias e R\$ 5 milhões em 180 dias. Conforme disposto no contrato, o comprador entrou na posse do imóvel após pagamento do sinal. Passados 180 dias, o vendedor ajuíza ação pedindo a resolução do contrato por inadimplemento, pela falta de pagamento integral do preço (R\$ 10 milhões). O comprador contesta e reconvém, alegando que: (a) as parcelas do preço foram todas pagas em espécie, nos prazos avençados; (b) o imóvel tinha vícios ocultos, retratados em laudo de engenharia contratado pelo comprador, cuja correção gerou gastos de R\$ 1 milhão. O vendedor nega o pagamento em espécie e os vícios ocultos e pede o julgamento antecipado do mérito. O comprador pede a produção de prova testemunhal quanto aos pagamentos. O juiz julga antecipadamente o mérito, dando pela procedência parcial do pedido de resolução contratual, entendendo que o valor de R\$ 1 milhão do preço deve ser considerado pago **“porque, de acordo com as máximas de experiência, se o vendedor entregou a posse do bem ao comprador, deve-se entender que recebeu o valor da parcela à vista”**. Quanto à alegação de pagamento dos demais R\$ 9 milhões em espécie, o juiz a rejeitou sob alegação de que **“segundo as máximas de experiência, valores tão expressivos não circulam em espécie, de modo que a prova testemunhal se mostraria impertinente”**. Por fim, a reconvenção é julgada procedente, porque **“há prova documental acerca dos vícios ocultos e do valor gasto para repará-los, à qual o vendedor não opôs dúvida razoável”**. **Analise criticamente essa decisão, considerando conceitos estudados no bimestre.**

São fatos controvertidos: a) pagamento do preço por Jamal Alandro; b) existência de vícios ocultos no imóvel. Ambos os fatos compunham ônus da prova do réu-reconvinte. Quanto ao primeiro fato, o juiz entendeu ser crível o pagamento do valor de R\$ 1 milhão, em virtude de o comprador haver se imitado na posse, mas não era crível o pagamento do restante das parcelas, pois valores tão expressivos não circulam em espécie. No tocante ao segundo, embasou sua fundamentação tão somente nas provas documentais para julgamento antecipado pela procedência da reconvenção.

No concernente ao pagamento, cabe considerar as críticas doutrinárias relativas ao julgamento por simples máximas de experiência. O juiz considerou não ser crível o pagamento em dinheiro em espécie com base em afirmação frívola, desacompanhada de suporte em elementos concretos dos autos. A utilização de outros meios de pagamento para aquisição de imóveis não afasta, por si só, a possibilidade do pagamento por meio de valores em espécie. A máxima de experiência não torna a afirmação do comprador falsa, embora seja prática incomum. Nessa medida, a prova testemunhal era útil e pertinente à demonstração do fato, sendo criticável seu indeferimento fundado tão somente em enunciado generalista ou em mera experiência

vivida com probabilidade de repetição desamparada de qualquer parâmetro hermenêutico.

Por razões muito semelhantes, é insustentável a assunção de que houve pagamento de R\$ 1 milhão pela simples imissão do comprador na posse do imóvel. Em realidade, o juiz relacionou dois fatos que nenhuma das partes interligou: imissão na posse e pagamento da primeira parcela. O comprador havia pagado tão somente o sinal e, conforme o disposto no contrato, se imitiu na posse por essa razão. Não há relação de causalidade absoluta entre a imissão do comprador na posse e o pagamento. O fundamento do magistrado, nesse ponto, contraria inclusive a prova documental dos autos (instrumento contratual).

Quanto ao segundo fato – vícios ocultos -, estão embasados em prova unilateral produzida pelo comprador, não produzida em contraditório. Incumbia ao réu-reconvinte requerer a produção de prova pericial, diante da negativa do requerido quanto à existência dos vícios, e não o fez. O laudo de engenharia, apesar de técnico, não passou previamente pelo crivo do réu (é prova um unilateral pré-constituída, que não afasta necessidade da prova pericial, constituenda). É cabível admitir essa prova unilateral em determinado nível de *standard* valorativo a não ser ignorado na fundamentação, porém é incapaz de sozinha demonstrar o fato técnico que dependia de prova pericial produzida em contraditório.

No máximo, essa prova aumentaria o ônus das alegações do autor, no sentido de impugnação específica do laudo, mas não modifica o ônus da respectiva prova em seu desfavor.

Pode-se argumentar, ainda, que se o laudo gerasse dúvida razoável no juiz, seria cabível a produção de prova pericial por meio do exercício de seus poderes ou poderes-deveres instrutórios.

Questão 4: Analise criticamente (à luz dos conceitos estudados no bimestre) o seguinte acórdão do TJSP (cujo arquivo se acha no Moodle): Apelação Cível n. 1018012-69.2019.8.26.0005; Relatora: Des. Maria Lúcia Pizzotti, 30ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 03/11/2020).

Críticas aos argumentos utilizados no acórdão:

- (i) *Legitimidade passiva.* Assim como consignado no acórdão em análise, é certo que deverão ser incluídos no pólo passivo da produção antecipada de prova todos aqueles em face dos quais poderia o autor ajuizar demanda fundada na prova que se pretende seja produzida. Conforme explica Talamini, “por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro. A prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor, não sendo admissível no processo subsequente”. Isso se dá mesmo nos casos em que a produção antecipada de prova não tem como finalidade assegurar ou pré-constituir a prova, mas, sim, incentivar a

autocomposição ou permitir a avaliação de chances de eventual demanda, uma vez que a participação do adversário “qualifica a prova, ampliando as chances de que ela cumpra essas funções”, continua Talamini¹.

- (ii) *Inadequação da via eleita.* A distinção existente perante o CPC/73 entre o procedimento de exibição preparatória de documento e a produção antecipada de prova perdeu o seu sentido no CPC/15, razão pela qual não há que se falar que “o meio adequado para se discutir a obrigação do nosocômio que figura como interessado na presente ação em apresentar os documentos é a ação de exibição de documentos, autônoma ou incidental, conforme convenha à estratégia da autora, observando o rito especial dos arts. 396 e seguintes, do CPC”. Conforme explica Marinoni², qualquer prova que deva ser assegurada antes do ajuizamento da demanda em que possa ser empregada deve ser colhida por meio do procedimento descrito nos artigos 381 a 383, CPC. Quaisquer documentos que precisem ser apresentados previamente à instauração de algum processo podem ter a sua exibição viabilizada por meio da produção antecipada de prova (no CPC/73 fazia-se referência expressa apenas à produção antecipada de prova testemunhal ou pericial). Conforme estabelece o artigo 383, §3º, do CPC, “os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.
- (iii) *Inépcia da inicial – ausência de indicação dos fundamentos sobre os quais a prova deverá recair.* De fato, conforme estabelece o artigo 382, *caput*, do CPC, cumpre ao autor apresentar “as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. É imperioso que, na petição inicial, o requerente justifique devidamente a necessidade de produção da prova, seja indicando: (i) o perigo de dano a que se encontra suscetível a prova e a sua finalidade (art. 381, I, do CPC/15), (ii) os motivos pelos quais a produção da prova teriam a aptidão de evitar o posterior ajuizamento de uma demanda (art. 381, II, do CPC) ou, ainda, (iii) permitir a autocomposição (art. 381, III, do CPC/15). Assim, se, de fato, “a petição inicial se limita a relacionar os documentos desejados, não mencionando quais os fatos a serem provados com a apresentação daqueles”, em atenção ao que dispõem os artigos 330, I e 382, *caput*, CPC/15, a petição inicial poderá ser indeferida.

¹ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (org.) Comentários ao Código de Processo Civil. 2º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 593.

² Código de Processo Civil Comentado, 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 497.