



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIA PRIVADA.
PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS.
APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS
DINÂMICAS. POSSIBILIDADE.**

A parte demandada é quem possui melhores condições técnicas, econômicas e processuais de produzir a prova pericial exigível na demanda, motivo pelo qual, por ela deve ser suportado o encargo da prova. Possibilidade de aplicação da Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEXTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-
05.2021.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

FUNDAÇÃO ATLÂNTICO DE SEGURIDADE
SOCIAL

AGRAVANTE

CLOVIS HANNA KEMEL

AGRAVADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, negaram provimento ao agravo de instrumento.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), as eminentes Senhoras **DES.^a DENISE OLIVEIRA CEZAR E DES.^a ELIZIANA DA SILVEIRA PEREZ.**

Porto Alegre, 16 de dezembro de 2021.

DES. GELSON ROLIM STOCKER,

RELATOR.

RELATÓRIO

DES. GELSON ROLIM STOCKER (RELATOR)

FUNDAÇÃO ATLÂNTICO DE SEGURIDADE SOCIAL, interpoe agravo de instrumento em face da decisão que determinou que efetuasse o pagamento dos honorários periciais proferida nos autos do CUMPRIMENTO DE SENTENÇA que lhe move CLOVIS HANNA KEME, assim determinou:

“Vistos. Reclassifique-se o feito para Liquidação de Sentença. Para fins de apuração do valor devido, nomeie o Perito Eder Gerson Aguiar de Oliveira que deverá ser intimado para dizer se aceita o encargo, bem como



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

*declinar sua pretensão honorária, **que será custeada pela demandada.** Oportunizo às partes o oferecimento*

Em suas razões asseverou que da interpretação do recurso repetitivo 1.312.736/RS podemos concluir que o encargo da prova pericial deverá ser suportado pelos autores restando evidente a responsabilidade pelo pagamento integral dos ônus periciais pela parte agravada e não a forma que foi fixada pelo d. Juízo, entretanto, caso não seja esse o entendimento do d. Juízo, postula-se o rateio igual entre as parte (50% para cada), a fim de não onerar a Entidade Privada de Previdência Complementar sem fins lucrativos, destinada a oferecer aos seus associados planos de benefício complementares ou assemelhados aos da Previdência Oficial, diante da determinação de ofício pelo Juízo.

A parte agravada em suas razões aduziu que para fixação dos ônus de sucumbência, deve-se observar o decaimento da parte e o princípio da causalidade. No caso dos autos, a causa da liquidação é justamente o êxito da demanda, ainda que parcial, que reconheceu o direito do ora agravado à suplementação da aposentadoria, desde que recomposto o devido custeio ao fundo previdenciário em sede de liquidação da sentença – a fim de garantir o equilíbrio atuarial em consonância com a suplementação e pagamento das diferenças vencidas e vincendas. O precedente firmado pelo STJ no Tema 955, referente ao RecursoRepetitivo REsp 1.312.736/RS, não destoa do ora referido – diferente do que pretende fazer crer a ora agravante. Como se vislumbra



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

do trecho abaixo, relativo à modulação de seus efeitos, ele tão somente fornece as balizas para a realização da liquidação de sentença. Destaca que é entendimento desse Tribunal que é incumbência do Juízo da liquidação, portanto, definir a quem caberá o encargo dos honorários da perícia atuarial, devendo-se, para tanto, observar o princípio da causalidade – como bem realizado na decisão agravada.

Contados e realizado o preparo, vieram os autos conclusos para julgamento.

Registro que observado o disposto no CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. GELSON ROLIM STOCKER (RELATOR)

O agravante alega que o encargo dos honorários periciais cabe ao autor, de acordo com interpretação da decisão do Recurso Repetitivo 1.312.736/RS.

Não vislumbro essa interpretação quando da análise do acórdão proferido no recurso acima, mas somente, como bem asseverou o agravado, as balizas para a realização da liquidação de sentença. Em nenhum momento da decisão, se atribuiu responsabilidade pelo pagamento do perito atuarial a nenhuma das partes.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

Ainda, existem situações e circunstâncias em que a obrigação pode ser deslocada para um ou outro polo da demanda. Isso não significa apenas determinar a inversão do ônus da prova, mas tão somente inverter a obrigação da realização da prova e de suportar os ônus necessários para a realização dessa prova exigida.

Passo a explicar.

Na dicção do art. 333, do Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova, regra geral, se dá nos seguintes moldes: incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Todavia, há hipóteses em que a inversão da obrigação prevista no art. 333, do CPC, em face da dificuldade da parte autora provar os fatos constitutivos de seu direito, se impõe.

Veja-se que no caso das ações de cobrança do seguro DPVAT, a maioria dos demandantes litigam sob o pálio da AJG, de forma que o pagamento da perícia é feito pelo Estado, sendo que os honorários periciais são limitados pelo TJRS, cujo valor, atualmente, é de R\$ 350,00, quantia que, para a maioria dos Peritos, é insuficiente.

Por outro lado, os órgãos oficiais estão sobrecarregados de perícias e os agendamentos têm sido efetuados para datas remotas, o que está acarretando a morosidade processual, rechaçada pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da CF.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

Desta forma, entendo que o art. 333, do CPC, deve ser analisado em conjunto com as demais regras, bem como com os princípios que informam o processo civil na sua feição atual, mais solidária. O Julgador, por sua vez, deve comportar-se com dinamismo e em prol da almejada Justiça.

Destarte, diante da problemática atual da produção da prova pela parte autora, necessária a adoção e aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas, de sorte que "há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova" .

A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova é originária da Argentina, através do jurista Jorge W. Peryrano , que analisando a visão estática imposta pela legislação, assim a definiu:

"En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva."

A respeito do assunto, também há os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que "não se pode imaginar que se chegará a uma solução



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC. Logo em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova.”

Aliás, o STJ também admite a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, assim sustentada:

Finalmente, vale frisar que, apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitório admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a probatio diabolica, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o onus probandi, por assentar-se em regras rígidas e objetivas.

Ao comentar essa teoria, Humberto Theodoro Junior anota que, “conforme as particularidades da causa e segundo a evolução do processo, o Juiz pode deparar-se com situações fáticas duvidosas em que a automática aplicação da distribuição legal do onus probandi não se mostra razoável para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da verdade real” (Curso de direito processual civil, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 43ª ed., 2008, p. 191).



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

Atualmente essa distribuição dinâmica do ônus da prova está contemplada no CPC, no art. 373, § 1º, in verbis:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos 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, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (grifo nosso)

Em vista do exposto, ao acolher a teoria dinâmica da carga probatória e verificar que deve ser adotada no caso concreto, a determinação de que cabe ao agravado os ônus em face da perícia atuarial.

DISPOSITIVO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

GRS

Nº 70085418440 (Nº CNJ: 0055397-05.2021.8.21.7000)

2021/Cível

Face ao exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

DES.^a DENISE OLIVEIRA CEZAR - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a ELIZIANA DA SILVEIRA PEREZ - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. GELSON ROLIM STOCKER - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70085418440, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO."

Julgador(a) de 1º Grau: