



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

RECURSO ESPECIAL

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Nº 70085570521

COMARCA DE PORTO ALEGRE

(Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

FUNDACAO ATLANTICO DE SEGURIDADE
SOCIAL

RECORRENTE

CLOVIS HANNA KEMEL

RECORRIDO

Vistos.

I. Trata-se de recurso especial interposto por FUNDACAO ATLANTICO DE SEGURIDADE SOCIAL, com fundamento no artigo 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Eis a ementa:

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

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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.

(Nº 70085418440)

Os embargos de declaração opostos restaram assim decididos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIA PRIVADA.

agravo de instrumento. ERRO MATERIAL. existência

- O acolhimento dos embargos de declaração pressupõe a existência, no acórdão embargado, de um dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC.

- No caso em tela constou na conclusão da fundamentação "agravado" quando deveria ter constado "agravante".

ACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SEM EFEITOS INFRINGENTES.

(Nº 70085519049 – CLOVIS HANNA KEMEL)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIA PRIVADA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MATERIAL. EXISTÊNCIA.

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

- O acolhimento dos embargos de declaração pressupõe a existência, no acórdão embargado, de um dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC.

- No caso em tela constou na conclusão da fundamentação “agravado” quando deveria ter constado “agravante”.

ACOLHERAM EM PARTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SEM EFEITOS INFRINGENTES.

(Nº 70085522977 - FUNDAÇÃO ATLÂNTICO DE SEGURIDADE SOCIAL)

A parte recorrente, em suas razões recursais, alegou violação ao artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil. Em síntese, aduziu negativa de prestação jurisdicional, destacando ausência de prequestionamento das teses recursais invocadas, notadamente quanto à *“necessidade do recorrido arcar com os encargos da dilação probatória caso desista ou entenda não ser útil a inclusão dos reflexos das verbas trabalhistas”*. Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões, nas quais se arguiu a ausência dos pressupostos de admissibilidade recursal.

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

Vieram, então, os autos conclusos a esta Vice-Presidência para exame de admissibilidade.

É o relatório.

II. RECURSO ESPECIAL

As preliminares arguidas em contrarrazões serão objeto de exame quando da análise dos pressupostos processuais específicos e constitucionais do recurso especial, visto que a esses atinentes.

O recurso não deve ser admitido.

Com efeito, ao solucionar a lide, verifica-se que o Órgão Julgador levou em consideração as seguintes particularidades do caso em tela:

[...]

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.

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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.

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

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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.

Desta forma, entendo que o art. 333, do CPC, deve ser analisado em conjunto com as demais regras, bem como com os princípios que

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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 encontra 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

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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 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 monitorio admite a

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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).

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.

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

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

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

Face ao exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

[...]

Em sede de embargos de declaração restaram ainda prestados os seguintes esclarecimentos:

[...]

Os embargos declaratórios têm por finalidade sanar eventual erro material, obscuridade, contradição e/ou omissão existente contra qualquer decisão judicial, conforme se depreende da leitura do art. 1022 do CPC.

Com efeito, verifica-se o erro material apontado.

*No acórdão, onde consta: 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.*

Deverá constar: Em vista do exposto, ao acolher a teoria dinâmica da carga probatória e verificar que deve ser adotada no caso concreto, a

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

*determinação de que cabe ao **agravante** os ônus em face da perícia atuarial.*

Quanto a alegação de que não há que se falar em inversão do ônus probatório e sim atentar a necessidade da parte embargada arcar com os encargos da dilação probatória caso desista ou entenda não ser útil a inclusão dos reflexos das verbas trabalhistas, relevando a necessidade de recomposição prévia e integral das reservas, com o necessário aporte apurado quando da realização da perícia, cabe referir que a parte quer o rejuízo da lide, o que não é possível nesse momento processual, pois não se trata de omissão, contrariedade ou obscuridade da decisão.

*Assim **voto por acolher em parte, os embargos de declaração**, para o fim de sanar o erro material apontado.*

Dispositivo

[...]

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

Resguardado de qualquer ofensa está o artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil, haja vista que ofensa somente ocorre quando o acórdão contém erro material e/ou deixa de pronunciar-se sobre questão jurídica ou fato relevante para o julgamento da causa. A finalidade dos embargos de declaração é corrigir eventual incorreção material do acórdão ou complementá-lo, quando identificada omissão, ou, ainda, aclará-lo, dissipando obscuridade ou contradição.

Consigna-se não ter o Órgão Julgador deixado de se manifestar acerca de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso em julgamento ou, ainda, qualquer das condutas descritas no artigo 489, § 1º, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), situações que caracterizariam omissão, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1.022 do mesmo diploma.

Importa registrar que, quando da realização do "Seminário – O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil", pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados,

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

foram aprovados 62 enunciados, valendo destacar o de número 19: “[...] ***A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.***”

O Juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados pelas partes, tampouco a responder um a um a todos os seus argumentos.

Exemplificativamente: “[...] ***não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte***”. (AgInt no AREsp 629.939/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 19/06/2018).

AFA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

Aliás, é insuficiente a mera alegação de omissão, pois, conforme se extrai dos enunciados 40 e 42 do Seminário supra referido, “[...] **Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador**” e, ainda, “[...] **Não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte**”.

Todavia, de tal ônus não se desincumbiu a parte recorrente.

Assim, não há falar, no caso, em negativa de prestação jurisdicional. A Câmara Julgadora apreciou as questões deduzidas, decidindo de forma clara e conforme sua convicção com base nos elementos de prova que entendeu pertinentes. No entanto, se a decisão não correspondeu à expectativa da parte, não deve por isso ser imputado vício ao julgado.

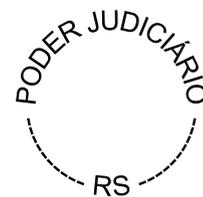
Dáí por que, não obstante a insurgência manifestada, de ofensa ao artigo 1.022 do CPC/2015 não se pode cogitar.

Assim sendo, inviável a admissão do recurso.

AFA



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LAS

Nº 70085570521 (Nº CNJ: 0006541-73.2022.8.21.7000)

2022/Cível

III. Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso interposto.

Intimem-se.

Des.^a Lizete Andreis Sebben,

3^a Vice-Presidente.

AFA