

AILTON APARECIDO LAURINDO

**DAS PROVAS NO PROCESSO
PREVIDENCIÁRIO**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2006

AILTON APARECIDO LAURINDO

**DAS PROVAS NO PROCESSO
PREVIDENCIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, em nível de mestrado, mantido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para obtenção do grau de Mestre em Direito Previdenciário, sob orientação do Professor Doutor Wagner Balera.

SÃO PAULO

2006

COMISSÃO EXAMINADORA

São Paulo, ____ de _____ de 20__.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Prof. Dr. Wagner Balera, ao Dr. José Francisco da Silva Neto e aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Wagner Balera pela orientação, companheirismo, exemplo de ser humano, pai de família e profissional correto e também pelo incentivo nos momentos mais difíceis de minha vida, ao colega Dr. Arthur Célio Cruz Ferreira Jorge Garcia, como também aos colegas de INSS Oscar Kiyoshi Mitiue, Silmara Cristina Picolo Diomedes e Fátima Aparecida Napolitano.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo abordar as provas no processo previdenciário sob uma perspectiva prática e teórica, em consonância com a jurisprudência e com o devido processo legal. A escolha do presente tema se deu em virtude dos vários anos atuando na prática previdenciária exercida como servidor público, em conjunto com o estudo do direito material previdenciário. Justifica-se ainda a escolha com o propósito de uma reinterpretação ou uma mudança legislativa no tocante às normas processuais previdenciárias, as quais se encontram num visível retrocesso, atreladas àqueles velhos cânones, embora elaboradas posteriormente à promulgação da Magna Carta vigente. Em suma, após breves considerações no tocante aos conceitos da Seguridade Social, Assistência Social, Saúde e Previdência Social, adentrar-se-á as provas utilizadas no processo previdenciário, dentre as quais a prova documental, testemunhal, pericial, justificação administrativa, provas para a comprovação de dependência econômica e para a comprovação de atividades exercidas em condições especiais, todas em consonância com a jurisprudência e com o relativo processo legal. Nesse contexto, serão observados os vários descompassos da legislação processual previdenciária com o devido processual legal e com as regras básicas do Código de Processo Civil. Finalmente, apresentar-se-ão as conclusões indispensáveis obtidas durante o estudo, as quais corroboram a necessidade de mudança legislativa no ordenamento jurídico-previdenciário, no sentido de que sejam as normas do processo previdenciário (explícitas ou implícitas) interpretadas e aplicadas em prol da parte mais fraca da relação jurídico-processual, *in casu*, os segurados.

ABSTRACT

This current paper has as its main purpose to approach the matter of evidences on the social security proceedings, under a practical and theoretical perspective, in agreement with jurisprudence and its due legal process. This actual theme has been chosen due to the fact that I have worked with social security practice for several years as a public employee, and also together with the studies on material social security. The choice is also justified with the purpose of a reinterpretation or a change in the legislature concerning social security proceeding rules, which are at a perceptible state of retrocession, harnessed into those old precepts, despite having being prepared after the publication of the present Constitution. In short, after some brief considerations regarding the conception about Social Security, Social Welfare, Health and Social Security, as well as the various forms of Social Security benefits, the paper will investigate the applied evidences on the social security proceedings, among which, documentary evidence, testimonial evidence, expert evidence, administrative justification and evidence to prove economical dependency and to prove performed activities under special conditions, all in agreement with jurisprudence and its due procedural legislation. In this context, several problems on the social security procedural legislation will be examined all with its due legal proceedings and with the basic rules based on the Code of Civil Procedure. Finally, some important conclusions obtained during this present study, which confirm the necessity for a change on the jural-social security legal system in such a way that its proceeding rules (clearly expressed or implied) are interpreted and applied in favour of the weakest part on the jural-procedural relation, *in casu*, the insured.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
SUMÁRIO.....	VIII
1.SEGURIDADE SOCIAL.....	15
1.1Princípios da seguridade social.....	18
1.2Saúde.....	24
1.2.1Sistema único de saúde (SUS).....	25
1.3Assistência social.....	26
1.4Previdência social.....	28
2.REGRA DA CONTRAPARTIDA.....	32
3.INTRODUÇÃO GERAL SOBRE A PROVA.....	35
3.1Prova judiciária.....	37
3.1.1Conceito.....	40
3.1.2Objeto.....	42
3.1.3Natureza jurídica.....	43
3.1.4Classificação.....	48
4.ABORDAGENS CONCEITUAIS DA PROVA.....	51
4.1A prova como resultado.....	51
4.2A prova como atividade.....	51
4.3A prova como juízo.....	53
4.4A prova como meio.....	53
4.5A prova como reconstrução do passado.....	54

4.6A prova como demonstração de verdade.....	54
4.7A prova como justificação.....	56
5.OBJETO DA PROVA.....	58
5.1Fatos relevantes.....	59
5.2Fatos controversos.....	61
5.2.1Exceções.....	64
5.3Fatos determinados.....	64
5.4Fatos imorais.....	65
5.5Fatos negativos.....	66
5.6Usos e costumes.....	67
5.6.1Requisitos de existência.....	68
5.6.2A prova dos usos e costumes.....	68
5.7Fatos que independem de prova.....	69
5.7.1Fatos notórios.....	70
5.7.2Fatos legalmente presumidos.....	72
5.7.3O direito.....	74
5.7.3.1O direito carecedor de prova.....	75
6.VALORAÇÃO DA PROVA.....	79
6.1Sistema das provas legais ou positivo.....	80
6.2Sistema da livre apreciação ou convicção íntima.....	81
6.3Sistema da persuasão racional ou convencimento racional.....	84
6.4Sistema brasileiro.....	86
6.5Hierarquia das provas.....	90
7.PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	95
7.1A instrumentalidade do processo.....	95
7.1.1Fundamentos dos poderes instrutórios.....	97
7.1.2Jurisdição.....	98
7.1.3Ação.....	99
7.1.4Defesa.....	102

7.1.5	Processo.....	104
7.2	Conclusão.....	104
8.	PROVA DOCUMENTAL.....	106
8.1	Conceito.....	106
8.2	Documento público.....	106
8.3	Documento particular.....	107
8.4	Provas documentais exigidas pela previdência social nos processos de benefício previdenciário.....	108
8.5	Comprovação do tempo de serviço urbano.....	115
8.6	Comprovação do tempo de serviço rural.....	121
8.7	Princípio in dubio pro misero ou in dubio pro operario.....	127
9.	PROVA PERICIAL.....	130
9.1	Avaliação médico-pericial.....	135
9.2	Capacidade e incapacidade laboral.....	139
9.3	Médico perito.....	141
9.4	Cobertura previdenciária estimada – COPES ou PRODAC – programa data certa.....	142
9.5	Prova da situação de hipossuficiência econômica para a obtenção de benefício assistencial.....	144
10.	JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA.....	147
10.1	Justificação administrativa.....	150
10.2	Diferenças entre uma e outra.....	155
10.3	Momento da produção da justificação administrativa.....	156
10.4	Modus operandi da justificação administrativa.....	157
10.5	Testemunhas.....	160
10.6	Possibilidade de recurso.....	161
10.7	Documentos que poderão ser utilizados para a realização da J.A.	

11. PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO....	167
11.1 Conceito de testemunha e testemunho.....	167
11.2 Admissibilidade da prova testemunhal.....	168
11.3 Da prova exclusivamente testemunhal no processo previdenciário e a inconstitucionalidade do artigo 55, § 3.º da lei n.º 8.213/91....	173
12. PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL E DEPENDENCIA ECONÔMICA..	190
12.1 União estável.....	190
12.1.1 União estável na Constituição e legislação posterior.....	190
12.1.2 União estável no novo código civil.....	192
12.1.3 Conceito de união estável	194
12.1.4 Dos efeitos do reconhecimento da união estável.....	196
12.1.5 Dependência econômica.....	197
12.1.6 A prova da dependência econômica.....	198
13. PROVA DO PREJUÍZO À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA.....	204
13.1 Trabalho permanente, não ocasional e não intermitente.....	205
13.2 Situações previstas.....	205
13.3 Periculosidade.....	206
13.4 Penosidade.....	207
13.5 Insalubridade.....	207
13.6 Agentes nocivos que prejudicam a saúde ou a integridade física	208
13.7 Comprovação da exposição do segurado aos agentes nocivos...	209
13.8 SB-40 – Formulário de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos.....	211
13.9 DSS 8.030 – Formulário de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos.....	212
13.10 DIRBEN 8.030 – Formulário de informações sobre atividades com exposição a agentes agressivos.....	213
13.11 Perfil profissiográfico previdenciário (PPP).....	214
13.12 Laudo técnico de condições ambientais.....	216
13.13 Utilização do equipamento de proteção individual e coletiva.....	217

13.14 Rol exemplificativo das provas para a comprovação do exercício de atividade especial pelo segurado.....	221
14. CONCLUSÃO.....	228
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	231

INTRODUÇÃO

A prática previdenciária, em concordância com o direito material previdenciário, foram indispensáveis para a escolha do presente tema desenvolvido.

As provas no processo previdenciário serão abordadas de acordo a legislação em vigência, mas com um enfoque especial: serão enfatizados os aspectos práticos ligados ao instituto probatório em questão, observados nos vários anos prestados pelo Autor como servidor público da Previdência Social.

Entretanto, o objeto do presente estudo fica restrito ao exame do processo relativo à concessão e revisão dos benefícios previdenciários. Deste modo, afasta-se de apreciação a problemática ligada aos processos relativos às contribuições para o custeio da Previdência Social, uma vez que essa disciplina se encontra muito mais próxima dos estudos tributários do que propriamente do Processo Previdenciário.

As principais provas utilizadas no processo previdenciário serão analisadas didaticamente, revelando em várias ocasiões o descompasso da legislação previdenciária com o devido processo legal, tanto no processo previdenciário administrativo como no judicial. Mas esse descompasso não é somente com relação ao devido processo legal; regras básicas do Código de Processo Civil também são nitidamente distorcidas pela legislação previdenciária. Isto porque a legislação processual previdenciária sobrevaloriza determinado meio de prova em detrimento de todos os outros, o que significa um inegável retrocesso porquanto volta a se utilizar do sistema da prova legal, que já se encontra totalmente superado pelo ordenamento jurídico.

Em suma, após sucintas considerações no tocante aos conceitos da Seguridade Social, Assistência Social, Saúde e Previdência Social, adentrar-se-á os meios de prova utilizados no processo previdenciário, dentre os quais a prova documental, prova testemunhal, prova pericial, justificação administrativa, provas

para a comprovação de dependência econômica e provas para a comprovação de atividades exercidas em condições especiais, todas em consonância com a jurisprudência e com o devido processo legal.

1. SEGURIDADE SOCIAL

Antes de adentrarmos no conceito de seguridade social, interessante interpretarmos o significado do termo “seguridade”, que nos transmite a idéia de tranqüilidade, como bem explica o professor Celso Barroso Leite (1965). Segundo ele, seguridade traduz a idéia de tranqüilidade e segurança que a sociedade deve garantir aos seus membros, sobretudo no futuro.

A seguridade social é parte de um todo denominado proteção social, que visa amparar as essenciais ou naturais carências dos homens, assegurando um mínimo necessário para a vida.

Essa proteção social é materializada por diversos instrumentos, como o fundo de garantia do tempo de serviço e o programa de integração social – neste inseridos o programa de seguro desemprego e a seguridade social, com suas três vertentes: saúde, previdência social e assistência social.

Como bem elucida Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath (2005), o conceito de seguridade social se interpenetra ainda com o de política social. Desta feita, para a autora o conceito de política social é mais abrangente que o de proteção social e, por conseguinte, de seguridade social.

Em sua obra, a professora acima destacada, frisa a seguinte anotação de Celso Barroso Leite (1965, *apud* HORVATH, 2005, p. 21):

“Política social vai um pouco além da expressão proteção social, encerrando também certa conotação pragmática, uma vez que política, no caso, implica idéia de rumos a seguir, de metas estabelecidas, de orientação governamental. Sobretudo nesse sentido, a política social se aproxima do planejamento social de que ainda carecemos”.

O ilustre doutrinador Paul Durand (1989, p. 54-57) explica que a sociedade sofre riscos sociais, devendo assim estar assegurada por um sistema de seguridade social, vejamos:

“Pero es necesario analizar, además, cuáles son los diferentes riesgos inherentes a la vida social y, después, dilucidar cuáles son, de entre esos riesgos, a los que se debe aplicar el sistema de Seguridad Social.

La noción genérica de riesgo ha sido ya precisada por el Derecho del Seguro, en donde se considera como tal a todo acontecimiento futuro e incierto, cuya actualización no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado.

[...]

La aspiración del mundo contemporáneo a una cada vez mayor seguridad conduce a no limitar el juego de las indemnizaciones a riesgos futuros, sino a cubrir incluso cargas, soportadas por el esos casos el cubrir riesgos, ya actualizados en el momento en que se entra en el ámbito subjetivo del Seguro, de tal modo que no se establezcan distinciones entre los asegurados en función de la fecha de esa actualización o realización del riesgo, y que se pueda cubrir el conjunto de eventualidades susceptibles de disminuir los medios de existencia de los individuos. De todos modos la cobertura de cargas sigue siendo excepcional en los sistemas modernos de Seguridad Social”.

Após esta introdução, passamos para a análise dos diversos conceitos de seguridade social, em conformidade a mais abalizada doutrina.

Em palavras bem claras sustenta o doutrinador Celso Barroso Leite (*apud* BALERA, 2002, p. 17):

“Em última análise a seguridade social deve ser entendida e conceituada como conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender a necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranqüilidade quanto ao dia de amanhã”.

O juiz e professor de direito previdenciário Lamartino França de Oliveira (2006, p. 27, v. 4) conceitua a seguridade social, sob a ótica nacional:

“Podemos conceituar a seguridade social, sob a ótica nacional, como o conjunto de princípios, institutos e normas públicas destinadas à proteção dos membros da sociedade nas áreas da saúde, assistência e previdência social”.

Em sua obra *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, o Doutor Wagner Balera (2004, p. 72) faz anotações que merecem consideração:

“Seguridade que, no Brasil, é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência social”.

Adiante, em sábias palavras da mesma obra, o Doutor Wagner Balera (2004, p. 73) sustenta que:

*“Ganhará objetividade à luz de coordenadas fornecidas pelo próprio conceito (que é qualificativo genérico estipulado pela Constituição do Brasil). Em estreita relação de coordenação com o conceito genérico, posto que situados no mesmo nível da hierarquia normativa, estão os conceitos de **saúde**, de **previdência social** e de **assistência social** que limitam, por assim dizer, o campo de atuação do sistema em estudo”.*

Desta feita, cabe a transcrição do disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, caput, que conceitua a seguridade social, *in verbis*:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Em linhas gerais, a seguridade social compreende a saúde, a previdência e a assistência social. Em regra, podemos falar que a previdência fornece benefícios, a saúde oferece serviços e a assistência concede ambos.

A diferença principal entre previdência (artigo 201 da Constituição Federal), saúde (artigo 196 da Lei Maior) e assistência (artigo 203 da Magna Carta) é demarcada pela contribuição, atestando-se que a primeira a exige e as outras não.

A própria Carta Magna no parágrafo único do artigo descrito supra reza que cabe ao Poder Público organizar a seguridade social nos termos da lei, com base em 07 (sete) objetivos, também chamados de princípios, os quais veremos no próximo tópico.

Diante disso, existem normas infraconstitucionais disciplinando a matéria e dentre elas destacamos a Lei 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio. Essa lei em seu artigo 1º concede à Seguridade Social conceito idêntico ao do artigo 194, *caput*, da Constituição Federal.

Depois de minuciosa análise do conceito de seguridade que traz a Constituição Federal combinado com a Lei 8.212/91, percebe-se que todo conceito doutrinário obteve alicerce no estabelecido por elas.

Convém ainda, destacar o conceito do doutrinador Sérgio Pinto Martins (2004a, p. 44):

“O direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingência que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Em síntese, tem-se que a seguridade social decorre de lei e regula relações entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público (beneficiários ou não) e o Estado (Instituto Nacional da Seguridade Social: autarquia federal e Secretaria da Receita Federal: órgão da administração direta).

Esta relação regulada pela seguridade social tem como sujeitos ativos os beneficiários (segurado, dependentes e necessitados) e como sujeitos passivos aqueles de quem pode ser cobrado: Poder Público (União, Estados Membros, Municípios e Distrito Federal).

Como objetos da relação são compreendidas as prestações (saúde, previdência e assistência), que podem ser de dois tipos: a) benefícios: prestações pecuniárias (aposentadoria) e b) serviços: prestações de fazer (saúde).

O professor Wagner Balera (2003, p. 127) conclui: *“Seguridade social que é, no quadro normativo da Constituição de 1988, sinônimo de justiça social”.*

1.1 Princípios da seguridade social

A Constituição Federal em parágrafo único do artigo 194 determina a observância obrigatória pelo Poder Público de determinados objetivos da seguridade social, denominados pela Lei 8.212/91 de princípios e diretrizes.

Antes, porém, de estudarmos os Princípios Constitucionais Próprios apontaremos os Constitucionais Gerais que são pertinentes à matéria:

a) Princípio da Isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal:

Todos os beneficiários, em situação idêntica, devem ter o mesmo tratamento. Embora todos sejam iguais, podem gozar de situação jurídica diferente. Temos como exemplo o empregado doméstico.

b) Princípio da Legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal:

Não se pode exigir contribuição social nem conceder benefícios sem lei anterior que os definam.

c) Princípio do Direito Adquirido, previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal:

Só haverá direito adquirido a determinado benefício se ao tempo da lei anterior já houve a implementação de todos os requisitos, ou seja, uma nova lei não pode alcançar um benefício que fora concedido sob a lei anterior.

Desta forma, resta destacarmos os Princípios Constitucionais Próprios, elencados nos incisos do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal de 1988:

1. Universalidade da Cobertura e do Atendimento:

Cobertura é a capa de proteção contra os riscos, isto é, eventos imprevisíveis que geram necessidades (dimensão objetiva). Atendimento está ligado às pessoas (dimensão subjetiva).

O ideal programático é que todas as pessoas estejam protegidas contra todos os riscos sociais. A saúde no Brasil, por exemplo, atingiu a universalidade de cobertura e atendimento, haja vista que todas as doenças estão cobertas e todas as pessoas são atendidas, embora o atendimento careça de melhorias, isto significou um grande avanço com a atual Constituição, visto que antes dela se exigia contribuição para se acessar a saúde.

Explica Wagner Balera (2003, p. 19) que: *“O primeiro pilar estrutural da seguridade social expressa-se no inciso I do parágrafo único do artigo 194 da Constituição e é assim enunciado: universalidade da cobertura e do atendimento”*.

Para o doutor acima citado a universalidade é a base principal, denominada de pedra fundamental, vez que é o modo pelo qual a seguridade social deverá ser implementada no país, nela encontrando apoio toda a estrutura.

Todavia, este princípio não é absoluto dado que é mitigado pelo princípio da seletividade.

2. Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais:

Antes da Constituição Federal de 1988, o rural desfrutava de menos direitos que o urbano. Hoje o tratamento é igual a ambos. Em sua obra *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, o doutrinador citado supra, anota o seguinte:

“Sobre ser a implantação definitiva da isonomia entre os residentes, a regra em exame também traz em seu bojo, e como resultado, a identidade de prestações entre urbano e rural integrando, ao fim e ao cabo, num único sistema, toda a população do País.” (BALERA, 2004, p. 85).

3. Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços:

O ideal seria conceder o maior número possível de benefícios e serviços a todos os indivíduos. No entanto, como tal não é possível, permiti-se ao legislador listar os riscos sociais que serão cobertos.

Wagner Balera (2003, p. 20-21) explica que:

“mediante a seletividade, o legislador é chamado a estimar aquele tipo de prestação que, em conjunto, concretize as finalidades da Ordem Social, a fim de fixar-lhes o rol na norma jurídica. Realizada a estimativa, a distributividade faculta a escolha, pelo legislador, de prestações que – sendo direito comum a todas as pessoas – contemplam de modo mais abrangente os que se encontrem em maior estado de necessidade”.

Trata-se de corolário do princípio da isonomia, já que trata os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

4. Irredutibilidade do Valor dos Benefícios:

Os benefícios não podem ter seus valores reduzidos. É novidade na Constituição Federal e oriunda da regra da irredutibilidade dos salários, prevista no artigo 7º, VI. O que é vedado é a redução nominal, o que implica dizer que na prática poderá haver redução efetiva, pois os índices de inflação real podem não corresponder à correção monetária oficial.

Importante frisar que o índice de reajuste dos benefícios é diverso do índice de reajuste do salário mínimo.

5. Eqüidade na Forma de Participação no Custeio:

O custeio da seguridade social deverá ser feito por todos de forma eqüitativa, embora as empresas e os trabalhadores devam contribuir de acordo com a sua capacidade contributiva (justiça distributiva).

O renomado doutrinador, Wagner Balera (2004, p. 89) sustenta que *“há que se encontrar, pois, a justa proporção entre as quotas com que cada um dos atores social irá contribuir para a satisfação da seguridade social”*.

Baseia-se na capacidade econômica dos contribuintes, operando como redutor das desigualdades sociais.

6. Diversidade da Base de Financiamento:

O custeio deverá ter bases de financiamento diferenciadas, a saber, parte do orçamento da União, contribuições das empresas e dos trabalhadores, receitas de concursos de prognósticos (loterias e corridas de cavalo).

Para Wagner Balera (2003, p. 22), essa regra de estrutura é decomposta em dois elementos, o objetivo e o subjetivo. *“Do ponto de vista objetivo, a regra implica a diversificação dos fatos que gerarão contribuições sociais. Em perspectiva subjetiva, o comando exige consideração das pessoas naturais ou jurídicas que verterão contribuições”*.

7. Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, mediante a gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados:

Visa dar segurança e moralidade à administração do sistema. Na criação de órgão ou órgãos gigantescos, como é o caso do Instituto Nacional da Seguridade Social, cria-se, correlatamente, dificuldade administrativa, em especial o afastamento de possíveis fraudes.

O legislador constitucional, por isso, deu à administração do sistema ordem democrática e descentralizada, exigindo a participação da comunidade interessada, ou seja, dos empregados, empresários e trabalhadores aposentados. A

administração assim composta constitui-se, ao mesmo tempo, em fiscal da ordem que deve reinar no sistema.

Para finalizar, transcorreremos breves linhas a respeito dos **Princípios Constitucionais Específicos**:

a) Solidariedade (artigo 195, caput da Constituição Federal):

Participação obrigatória de todos os membros da sociedade no sistema da seguridade social. Esta participação pode ser **direta**, mediante recolhimento das contribuições sociais, e, **indireta**, por intermédio do recolhimento dos tributos em geral.

b) Pré-existência de custeio ou da contrapartida ou da precedência de custeio (artigo 195, § 5º da Constituição Federal):

“Nenhum benefício ou serviço da seguridade poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

c) Anterioridade mitigada ou nonagesimal ou trimestralidade (artigo 195, § 6º da Constituição Federal):

Em se tratando de contribuições sociais, o princípio da anterioridade é de noventa dias, não se aplicando o artigo 150, III, “b”, da Constituição Federal.

Pelo que se depreende da leitura do artigo 194 da Constituição Federal observa-se que o legislador constitucional estabeleceu que a seguridade social abrange um conjunto de ações destinadas a resguardar o direito à saúde, à previdência e à assistência social e que, por iniciativa da sociedade e dos poderes públicos, hão de ser estipuladas medidas que objetivem acobertar esses precípuos direitos do indivíduo.

Destarte, passaremos a analisar em linhas gerais cada um desses direitos, tratando com maior ênfase a previdência social.

1.2 Saúde

A saúde é um direito assegurado pelo Estado e previsto na Lei Maior, mais precisamente no artigo 196 que predica, *in verbis*:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

“A saúde é direito de todos”. Assim, estabelecer-se-ão políticas sócias e econômicas que objetivem reduzir o risco de doença, bem como facilitar o acesso aos serviços de recuperação da higidez física e mental.

A OMS (Organização Mundial da Saúde) conceitua a saúde como o estado de completo bem-estar físico, social e mental e não simplesmente a ausência de dores ou enfermidades.

No que tange aos princípios e diretrizes básicas das atividades da saúde, estão relacionados no artigo 198 da Constituição Federal e no parágrafo único do artigo 2.º da Lei n.º 8.212/1991, sendo eles:

- a) acesso universal e igualitário;
- b) provimento das ações e serviços por meio de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único;
- c) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

d) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas;

e) participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde;

f) participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais.

Importante elucidar que a característica primária da saúde é a não exigência de contribuição para prevenção e recuperação de doenças.

1.2.1 Sistema único de saúde (SUS)

O constituinte estabeleceu, no *caput* do artigo 198 a Lei Maior, o Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por serviços públicos regionais hierarquizados. O Sistema Único de Saúde é financiado com recursos originários de orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios, *“além de outras fontes”*.

O legislador ordinário, regulamentando o disposto na Constituição Federal colocou no mundo jurídico o que se pode denominar de Lei Orgânica da Saúde, Lei n.º 8.080/90, que dispõe sobre as contribuições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

A saúde, segundo o disposto na lei, é direito fundamental do ser humano. Emerge, aqui vigorosa, sua natureza securitária, dando-se proteção ao ser humano pelo fato de se tratar de pessoa, independentemente de quaisquer outras indagações, jurídicas ou não.

Sendo assim, se a saúde é um direito, o Estado tem o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Na área da saúde as ações não se limitam a atacar as doenças. Alcançam, antes, fatores que inibem ou afastam as doenças. Essa a razão pela qual reúnem, entre outros fatores e condicionantes, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, a preservação do meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais.

1.3 Assistência social

A assistência social é prestada a quem dela necessitar, vez que é um direito público subjetivo, além de independente de contribuições, sendo financiada com receita da Seguridade Social.

O artigo 203 da Constituição Federal ratifica o afirmado acima, vejamos: *“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social...”*.

Tem como objetivo atender as necessidades básicas da sociedade, em outras palavras, serve de amparo genérico à carência da sociedade.

Atualmente se paga um benefício mensal de 01 (um) salário mínimo desde que preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: ser deficiente físico/mental ou idoso (65 anos de idade) e renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

A pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

A assistência social vem regulamentada pela Lei n.º 8.742/93 e o artigo 1.º a conceitua, conforme segue:

“A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

Nos incisos I a V do artigo 203 da Constituição Federal estão descritos os objetivos da assistência social, são confirmados pelo artigo 2º da Lei n.º 8.742/93. São eles:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

b) o amparo a crianças e adolescentes carentes;

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

d) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

e) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovarem não dispor de meios de assegurar sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Como bem explica o professor Odonel Urbano Gonçalves (2001, p. 38):

“diferentemente do que acontece com a previdência social, o sistema de assistência social não está monopolizado no âmbito federal. A diretriz constitucional é a descentralização político-administrativa, com a participação, na formulação e controle, da população, por intermédio de organizações que a representem [...] À União Federal ficou com a responsabilidade da concessão e manutenção dos benefícios assistenciais de prestação continuada, isto é, o amparo social ao idoso e ao deficiente. Aos Estados foi atribuído o encargo de

repassar recursos financeiros aos Municípios, a título de participação no custeio do pagamento dos benefícios de prestação única, decorrentes do nascimento (auxílio-natalidade) e da morte (auxílio-funeral). Ao Distrito Federal e aos Municípios restou a atribuição de também destinar recursos financeiros e efetuar o pagamento dos benefícios eventuais (auxílio-natalidade e auxílio-funeral)”.

1.4 Previdência social

A palavra “previdência” vem do latim *pre videre*, que significa “ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las”.

Celso Barroso Leite (1965, p. 11), define previdência social da seguinte forma:

“Pode-se dizer que a previdência social é uma maneira de fazer economia em conjunto. São poucos os que ganham bastante para economizar alguma coisa, para fazer seu “pé-de-meia”; assim, são poucos os que podem, sozinhos, cuidar do dia de amanhã. Mas quando muitas pessoas se reúnem e pagam um pouco todo mês, esse pouco fica sendo muito; dá até para um auxílio aos que adoecem e não podem trabalhar, ou à família dos que morrem. Uns ajudam os outros”.

A previdência social originou-se com o desenvolvimento da sociedade humana após a revolução industrial, quando ocorreram vários acidentes de trabalho e os operários restavam desamparados, dado que impossibilitados de proverem o sustento próprio, bem como o de suas famílias.

Fazendo a leitura do inciso IV, do artigo 1º e do artigo 193, ambos da Constituição Federal, verificamos que mesmo o Brasil adotando um sistema capitalista o trabalho é de suma importância no contexto social, pois é através dele que se proporciona o bem estar e se alcança a justiça social.

Frisa o ilustre Doutor Wagner Balera (2004, p. 49) que:

“A previdência social é, antes de tudo, uma técnica de proteção que depende da articulação entre o Poder Público e os demais atores social. Estabelece diversas formas de seguro, para o qual ordinariamente contribuem os trabalhadores, o patrono e o Estado e mediante o qual se intenta reduzir ao mínimo os riscos

sociais, notadamente os mais graves: doença, invalidez, acidentes no trabalho e desemprego”.

Estando uma pessoa impossibilitada de trabalhar por ter sofrido sinistro social, ou seja, incapacidade ocasionada por doença, idade avançada, maternidade, prisão, morte, desemprego involuntário etc., surge a Previdência Social que tem por finalidade amparar o segurado e seus familiares, resguardando meios indispensáveis de subsistência.

O renomado doutrinador Mozart Victor Russomano (1983, p. 52-53), escreveu que:

“A Previdência Social, como todas as formas de previdência, consiste na captação de meios e na adoção de métodos para enfrentar certos riscos (invalidez, velhice, acidente etc) que ameaçam a segurança da vida humana e que são inevitáveis, por sua própria natureza, em toda a sociedade, por melhor organizada que ela seja”.

No que se refere aos princípios da Previdência Social, são praticamente os mesmos que orientam a Seguridade Social, e já analisados anteriormente.

A previdência tem como legislação básica a Constituição Federal, a Lei 8.212/91, de custeio, a Lei 8.213/91, que trata dos benefícios e o Decreto n.º 3.048/99, que regulamenta ambas as leis.

Imprescindível descrevermos o artigo 201 da Constituição Federal que dá abertura à matéria, *ipsis litteris*:

“Art. 201. *A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial...”.*

Como já esclarecido atrás, é um dos segmentos da Seguridade Social e se diferencia da Assistência Social e da Saúde por exigir contribuição. Em outras palavras, todos podem filiar-se, desde que haja contribuição, ou melhor, participação no custeio.

Os beneficiários devem estar vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que se contrapõem ao Regime Geral dos Servidores Públicos – RGSP.

O trabalhador do RGPS contribui com determinado valor, pois os valores de seus benefícios também estão limitados. Já o servidor que estiver vinculado ao RGSP contribui sobre o valor total de seus vencimentos, pois seus benefícios são calculados sobre eles, limitando-se apenas ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Outra diferença significativa entre os dois regimes é a aposentadoria por tempo de contribuição. No RGPS basta o tempo de contribuição. No RGSP além do tempo de contribuição do RGPS, exige-se tempo mínimo de serviço público, tempo mínimo no cargo e idade.

Há também o regime de previdência complementar que pode ser privada, subdividida em aberta e fechada, ou pública, ainda não existente em nosso país.

Tratando-se de previdência privada aberta, esta é mantida por instituições financeiras, acessível a qualquer pessoa e fiscalizada pelo Ministério da Fazenda. Já a previdência privada fechada é mantida por grupo de empresas que criam um sistema de previdência complementar para seus funcionários. Esta última é autorizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social e fiscalizada pela Secretaria da Previdência Complementar.

A Lei n.º 8.213/91 em seu artigo 1.º assevera *in verbis*:

“A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente”.

Diante disso podemos expressar que por meio das contribuições a Previdência Social assegura um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e sua família.

No Brasil, é ao INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) – autarquia federal criada pela lei n.º 8.029/90, regulamentada pelo Decreto n.º 9.350/90 – que compete implementar as ações estatais na área da previdência social, arrecadar e administrar as contribuições sociais, além de conceder e manter os benefícios e prestações previdenciárias.

2. REGRA DA CONTRAPARTIDA

De início, urge destacar que a existência de discriminação constitucional das receitas e despesas a serem gerenciadas pelos diversos órgãos do sistema de seguridade social encontra seu fundamento de validade no § 5º do artigo 195 da Constituição Federal:

“§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Não obstante inexistir expressa previsão legal deste princípio, insta frisar que se trata de dogma indispensável para a seguridade social, que, segundo Wagner Balera (2004), parece nos dizer respeito, utilizando o linguajar atual, a um princípio virtual.

Na realidade, a regra da contrapartida, além de se tratar de uma diretriz pela qual se norteia o legislador pátrio, sempre esteve presente – ainda que implicitamente – em nosso direito constitucional positivo.

Tal princípio, no que se refere especificamente à Previdência Social, teve sua primeira aparição no sistema constitucional com a Emenda Constitucional n.º 11, de 31 de março de 1965, na qual já se observava o caráter limitador para o atendimento das prestações de natureza previdenciária; dado que o *“sistema de seguridade social somente poderá cumprir suas finalidades se estiver calcado em rígido equilíbrio econômico e financeiro”*, sem que se necessite socorrer ao argumento da *reserva do financeiramente possível*.

O ilustre professor Wagner Balera há muito já explanava que a idéia nuclear de um sistema estatal de proteção está associada a uma noção elementar de contabilidade, qual seja, à noção de caixa¹. Isto pois há tempos atrás o sistema previdenciário era exercido por uma entidade previdenciária nomeada “CAIXA”.

¹ Caderno de pesquisa tributária n.º 17 – tema: contribuições sociais, p. 321.

Mas afinal, no que consiste esse princípio da contrapartida?

Para uma conceituação mais simples possível suficiente é afirmar que tal princípio se fundamenta em obrigar que a instituição de benefícios ou serviços de seguridade social, bem como a instituição de novas fontes de custeio do sistema protetivo, sejam admitidas somente na hipótese de haver correlação entre a prestação instituída e a respectiva fonte de custeio.

Há, na verdade, uma correspondência entre a prestação e a fonte de custeio que deve ser aferida com fundamento em cálculos atuariais, visto que a ciência atuarial é a responsável pelo estudo dos eventos aleatórios, entre estes os chamados riscos sociais, viabilizando de forma efetiva o equilíbrio entre as fontes de receita e as despesas do sistema (UGATTI, 2003, p. 84).

Insta, para melhor explicar a regra da contrapartida, transcrever trecho da brilhante e renomada lição do professor Wagner Balera (2002, p. 44), *ipsis litteris*:

“Para a ‘CAIXA’ – e, em tempos pretéritos, como se sabe, tinham o significativo nome de Caixas de Aposentadorias e Pensões os órgãos previdenciários – trabalhadores, empresas e a sociedade em geral vertem contribuições. E, da ‘CAIXA’ serão debitadas as prestações (benefícios e serviços). É senso comum que nenhuma caixa terá equilíbrio quando os saques se tornam maiores do que os ingressos. A regra da contrapartida é o comando constitucional que torna compulsório esse equilíbrio entre entradas e saídas da ‘CAIXA’. Pode o legislador criar, majorar ou estender as prestações. Mas, só terão validade constitucional providências desse teor se houver expressa previsão, em lei, das fontes de custeio de tais novas prestações. É claro que o desejado equilíbrio, gerador de seguridade, não se efetiva sem ampla avaliação técnica e atuarial do sistema. Tal diagnóstico depende, como já assinalado antes, de Plano de Custeio bem engendrado”.

Desta forma, a regra da contrapartida torna compulsório esse equilíbrio entre as fontes de receita e as despesas do sistema.

O mesmo mestre, em outro trabalho, ainda acrescenta que se trata de via de duas mãos: não pode haver prestação (de saúde, de previdência ou de assistência) sem contribuição e não pode haver contribuição sem prestação.²

Ora, sem a contrapartida nenhum sistema destinado a produzir seguridade social proporcionaria essa proteção, ao passo que viveria constantemente com problemas financeiros, num clima de intranqüilidade da massa humilde que depende exclusivamente das aposentadorias, auxílios e pensões para sua própria sobrevivência.

Portanto, repita-se: ao estatuir a regra da contrapartida o constituinte impôs ao legislador a observância do equilíbrio financeiro do “CAIXA” previdenciário.

É claro que esse tipo de equilíbrio não se verificará jamais enquanto não se der ampla avaliação técnica atuarial do sistema, avaliação esta que depende, como já ficou frisado, de Plano de Custeio.

Finalmente, a idéia que anima a seguridade social é a da “*solidariedade entre gerações*”, que significa que a geração presente custeia prestações a serem percebidas pelas gerações futuras, revelando-se mais uma vez a imperiosa necessidade do equilíbrio financeiro entre as fontes de receita e as despesas do sistema.

Ressalva importante é a de que esta solidariedade depende de planejamento sério e eficiente, a ser implementado pela Administração Pública.

² *As contribuições no sistema tributário brasileiro*, p. 592.

3. INTRODUÇÃO GERAL SOBRE A PROVA

É consabido que praticamente tudo aquilo que cerca o ser humano, bem como toda a experimentação que ele realiza por meio de pesquisas, observações, cálculos, além de fatos, argumentos, fenômenos naturais, etc. podem ser provados via inúmeros meios.

Provam-se cálculos matemáticos, distâncias entre lugares, afirmações científicas, fatos históricos, simples narrativas, parentesco, filiação, cumprimento de obrigações assumidas, vínculos jurídicos, etc. Em função disso Moacyr Amaral Santos (2004, p. 337, v. 2) genericamente que “*provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa*”.

A prova terá assim um objeto específico ou determinado, um propósito, um destinatário e deverá ser produzida através dos **meios adequados**, valendo-se de métodos específicos para tanto, que poderão variar conforme o objeto, o destinatário ou a finalidade.

Pode-se dizer, então, que esses meios e métodos são instáveis e inconstantes, vez que se alteram até mesmo em função de quem produzir a prova, embora existam aqueles corriqueiramente conhecidos.

Certamente se pedíssemos a um médico, a um químico e a um jurista para provar determinado fato observado por todos não seria surpreendente se cada um deles o fizesse de forma diferente, utilizando-se de meios e métodos diversificados para tanto. Entretanto, o que é mais interessante é que cada um encerraria o seu conjunto probatório em fases completamente distintas, a depender única e exclusivamente da satisfação do convencimento pessoal de cada um. Por certo, uns se persuadiriam mais facilmente enquanto outros ainda relutariam a se convencer e, por fim, alguns jamais se contentariam com as demonstrações realizadas.

Isto se deve ao fato de as definições de certeza e verdade serem confusas. Todavia, seguindo-se as lições de Nicola Framarino dei Malatesta (1960, p. 19, v. 1):

“Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdade; e a mesma verdade que parece certa a uns, a outra parece por vezes duvidosa, quiçá até mesmo falsa a outros ainda”.

Consoante o mestre italiano, a certeza se trata de um estado de espírito do ser humano que varia de pessoa para pessoa, razão pela qual será sempre idêntica em si mesma, seja qual for a verdade objetiva a que estiver relacionada.

Assim, relativamente ao conhecimento de um fato, o estado de espírito poderá ser o de **ignorância**, de **dúvida** ou de **certeza**, concernindo à verdadeira progressão em relação à cognição do assunto.

O primeiro estágio, ou seja, a ignorância, corresponde à completa ausência de conhecimento a respeito do fato, não merecendo tecer maiores detalhes por se tratar de completa abstenção.

Após algum estudo sobre a matéria, fato, etc., atinge-se o ponto da dúvida: que é aquele estado de espírito representado pela variação inconstante adquirida pelo sopeso dos pontos positivos e negativos descobertos. A essas alterações, segundo um patamar lógico, pode-se dar o nome de **improvável, crível ou provável**.

O improvável decorre da prevalência de motivos negativos em relação aos positivos; havendo igualdade entre os motivos têm-se o crível e; por fim, dá-se o nome de provável quando há predominância dos pontos afirmativos sobre os negativos. O problema se instala ao começar determinados questionamentos acerca do provável e improvável, conforme indica Malatesta (1960, p. 19, v. 1):

“Mas o improvável não é, propriamente, senão o contrário do provável. O que é provável pelo lado dos motivos maiores, é improvável pelo dos motivos menores, e por isso a dúvida não se reduz propriamente às duas subespécies simples do crível e do provável”.

Ao final, se existir cognição plena acerca da matéria, fato, etc., a pessoa alcança o estado da **certeza**, que não é dotado de graus ou quantidades. **Ou se tem certeza sobre alguma coisa ou não se tem**, inexistindo o meio termo.

Idêntica é a lição de Ch. Bénard, citado por João Monteiro (1956), ao dizer que, sendo a certeza a adesão firme e inquebrantável de uma verdade, esta é absoluta quanto a não admitir graus ou diferenças, de modo que a certeza exclui qualquer possibilidade de dúvida ou erro.

3.1 Prova judiciária

Acompanhando as palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Maricí Giannico (2005, p. 85), a prova judiciária é o tema...

“mais importante e fecundo da ciência processual, não só pelo valor da reconstrução dos fatos na formação do provimento jurisdicional, mas sobretudo por constituir-se ponto de observação privilegiado para o estudo das íntimas e complexas relações entre o processo e as estruturas sociais”.

Logo, a prova é, ao mesmo tempo, procedimento cognitivo e fenômeno psicossocial, derivando daí a sua *“extraordinária importância da natureza das provas e do modo como elas são obtidas e incorporadas ao processo”* (GIANNICO, 2005, p. 85).

De nada valeriam as alegações expendidas pelas partes em juízo sem que se pudessem prová-las, ou como já dizia redundantemente Malatesta (1960), a prova para ser prova precisa ser plenamente provada.

No processo é insuficiente a simples alegação, havendo a imprescindibilidade probatória, pois *is qui probare non potest, nihil habet*, ou seja, aquele que não pode provar, nada poderá ter.

Portanto, identicamente à prova em sentido lato, a prova judiciária também possui um objeto, uma finalidade e um destinatário, que lhe são peculiares, como também se serve de meios e métodos próprios, mais restritos e formais do que os convencionalmente utilizados para a produção probatória em geral.

A primeira grande diferença existente entre a prova judiciária e a prova *lato sensu* diz respeito ao **objeto**. Enquanto nesta o objeto de prova pode ser qualquer tema, como um cálculo matemático, um fato histórico, etc., naquela só o poderá ser **os fatos da causa**, que são aqueles fatos deduzidos em juízo por meio da petição inicial e da peça defensiva, as quais originam respectivamente a pretensão do autor e a resistência do réu.

A segunda distinção, por sua vez, atine ao destinatário principal da prova, pois se a prova judiciária tem os fatos da causa como objeto, necessariamente terá de ser sempre endereçada de forma direta ao juiz da causa. Já a prova *lato sensu* pode ser encaminhada diretamente a qualquer pessoa não investida dessa qualidade, inclusive ao próprio agente demonstrador.

É de se observar, no entanto, uma semelhança entre ambas as provas, posto que sob o ângulo dos destinatários indiretos da prova judiciária – as partes do processo – estes também devem se convencer da justiça da decisão final, sendo destinatários que independem de qualidade específica, aproximando-se, portanto, dos destinatários da prova *lato sensu*.

A terceira, pois, diz respeito à finalidade, vez que a prova judiciária tem por fim principal a formação da convicção do destinatário específico. Em outras palavras, do juiz natural da causa, divergindo, por conseqüência, da prova comum cuja finalidade é convencer qualquer pessoa sem a qualidade especial da toga.

Entretanto, indiscutivelmente, a maior diferença da prova judiciária em relação às outras se refere aos meios de sua produção, haja vista que, devido à sua especificidade, necessita de meios adequados para ser considerada vinculada ao processo, diferentemente do que ocorre com a prova *lato sensu*. Como esta prova necessariamente deve ser produzida em juízo, os meios deverão de ser imprescindivelmente idôneos, conforme dispõe expressamente o artigo 332 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Essa fixação da prova exige uma metodologia específica, qual seja, de que essa prova necessita ser produzida levando-se em consideração todos os princípios e normas processuais existentes no ordenamento jurídico ao tempo de sua colheita.

“Há assim, um *processo probatório* que se exterioriza por um *procedimento probatório*, disciplinado pelo direito. A prova dos fatos deverá ser colhida pelos *meios admitidos em direito, no processo, e pela forma estabelecida em lei*” (SANTOS, 2004, p. 338, v. 2).

Nestes moldes, a prova judiciária que não for produzida segundo as normas processuais pertinentes poderá ser anulada ou, dependendo da gravidade acarretada pela inobservância da formalidade prevista, ser considerada nula de pleno direito, nos termos dos artigos 243 a 250 do Código de Processo Civil ou dos artigos 563 a 573 do Código de Processo Penal.

Exsurge, então, a velha máxima: *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, tudo aquilo que não se encontra no processo ou não esteja de acordo com as normas processuais não existe no mundo jurídico e, por conseqüência, não pode ser utilizado pelo juiz para a formação do seu livre convencimento.

Por ventura, ainda que alguma prova ilegal ou ilegítima tivesse sido constatada algum dia nos autos, mesmo que por breve período temporal, é certo

que necessitaria de desentranhamento e, de modo pior, jamais poderia ser utilizada como fundamentação para a sentença, embora na prática se torne inevitável a influência que exerce na persuasão racional do julgador.

Assim, baseando-se nos ensinamentos de Malatesta (1960), pode-se vislumbrar facilmente a possibilidade de a certeza não corresponder à verdade fática, ou seja, inexistir conformidade da noção ideológica com a realidade objetiva, vez que se tem, muitas vezes, a certeza do que é objetivamente falso.

O importante é a certeza que existiu no momento da valoração da prova, pouco importando a realidade objetiva ou a verdade fática, devendo especialmente o pretor, mas também as partes, a se limitarem àquilo que foi efetivamente trazido para os autos.

3.1.1 Conceito

Após estarmos cientes das diferenças existentes entre a prova *lato sensu*, cabe-nos a difícil tarefa de ao menos tentar conceituar o que seria a prova judiciária, buscando, para tanto, escora na etimologia da palavra, seguindo-se uma definição lingüística e, por fim, as definições apregoadas pelos grandes mestres.

O vocábulo “prova” adveio do latim *probatio*, no sentido de exame, verificação, inspeção.

Segundo o Dicionário Aurélio, prova significa “*aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente*”. Ainda em relação à língua portuguesa, o dicionário também traz a concepção de prova para o direito no sentido de “*Atividade realizada no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento*”.

Giuseppe Chiovenda (1965, p. 425, v. 2) estabeleceu, com toda propriedade que lhe é peculiar, que *“provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não existência dos fatos relevantes no processo”*.

Para Mittermaier (*apud* MONTEIRO, 1956, p. 355, t. 1), *“prova é a soma dos meios produtores da certeza”*.

Segundo João Monteiro (1956, p. 339, t. 1), prova é *“o meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando e como a própria certeza dessa existência”*.

No dizer de Moacyr Amaral Santos (2004, p. 338, v. 2), *“prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”*.

Como não poderia ficar à margem, Pontes de Miranda (1996, p. 246, t. 4) afirma que *“A prova no processo é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica”*.

Cumprе salientar que esses conceitos são definidos a partir da fusão da análise dos caracteres objetivo e subjetivo da prova.

Sob o **aspecto objetivo**, a prova judiciária é corriqueiramente conceituada como sendo os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo (SANTOS, 2004, p. 338, v. 2).

Entrementes, a prova judiciária em seu **aspecto subjetivo** pode ser encarada como sendo aquela que se forma no espírito de seu destinatário final quanto à verdade ou não dos fatos deduzidos na causa. Nesse sentido, corresponderiam, então, à própria convicção do pretor que fora gerada em virtude das provas trazidas à baila no decorrer do processo em relação à existência ou inexistência dos fatos narrados (SANTOS, 2004, p. 338, v. 2).

É indispensável, todavia, observar que os conceitos de prova no sentido objetivo e subjetivo se encontram intimamente relacionados, sendo flagrante a análise de que a prova no seu aspecto subjetivo se forma a partir da cognição das provas no sentido objetivo, após o que são transportadas faticamente para o processo.

Prova judiciária, portanto, é todo meio condutor à convicção de certeza relativa aos fatos exteriorizados no processo.

3.1.2 Objeto

Embora o tema seja objeto de estudo mais aprofundado no Capítulo 5 do presente trabalho, não se poderia transcorrer *in albis* alguns breves comentários, ainda que extremamente sucintos, a respeito do objeto da prova.

É cediço que pode ser objeto de prova qualquer fato ou circunstância que se queira empregar para convencer o destinatário acerca da certeza de sua realidade objetiva.

Não há que se confundir, entretanto, o objeto da prova em abstrato com o objeto da prova em concreto, também chamado por José Frederico Marques (1962, p. 361) de *thema probandum*, definido por ser “*a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser provada no processo*”.

Quando se fala em objeto abstrato da prova quer-se referir às realidades que geralmente podem ser provadas, e não àquelas que efetivamente devem ser provadas em um determinado processo para a convicção do juiz, vez que esta sim toca o conceito de objeto concreto ou *thema probandum*, havendo, portanto uma equivalência entre eles.

A propósito, o processualista espanhol Juan Montero Aroca, comentado por Artur Oscar de Oliveira Deda (2006, p. 4) afirma que dentre as realidades que se pode provar, incluem-se principalmente:

“todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva um mandato o regla, es decir, uma consecuencia asimismo jurídica, pero también deben incluirse lãs normas mismas porcuanto nada impide que sobre ellas pueda recaer la actividad probatória. Em este sentido el planteamiento correcto de la pregunta tiene que ser siempre general y abstracto, em cuanto no pretende referise a um proceso concreto”.

A prova, portanto, nada mais é do que uma exigência que se verifica no curso do processo, haja vista que é apta a confirmar a existência ou inexistência dos fatos narrados pelo autor, assim como o faz em relação aos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos apresentados pelo réu em sua defesa.

3.1.3 Natureza jurídica

Considerando-se que o Código Civil, na Parte Geral, Livro III, atribuiu a denominação “Da Prova” ao Título V, bem como disciplinou a matéria em 20 (vinte) artigos, de 212 a 232, poder-se-ia dizer que as normas que a regulamentam teria a natureza jurídica de direito material.

Contudo, é certo que o Código de Processo Civil também não se olvidou da importância da prova no processo, regendo também o tema, que se encontra incluso topograficamente no Capítulo VI, igualmente intitulado “Das Provas”, do Título VIII, do Livro I, dividindo-se, ainda, em 08 (oito) seções de forma minuciosamente detalhada, contando ao todo com 111 (cento e onze) artigos.

Ocorre que enquanto o direito material se preocupa com a essência das provas ao indicar sua admissibilidade, valoração, conseqüências, etc., o direito processual procura disciplinar as maneiras pelas quais as provas serão colhidas, incluindo-se aí o dever, tempo, lugar de produção etc.

Conclui-se desde logo, após uma simples análise perfunctória acerca da matéria, que a definição da natureza jurídica da prova se constitui num dos pontos mais complexos, polêmicos e árduos para a doutrina, isto pois ambos os Códigos regulamentaram a matéria.

Afinal, as normas regulamentadoras da prova são de natureza material ou instrumental?

De maneira irônica, pode-se dizer que a resposta advém exatamente da forma como a matéria foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, veja-se a divergência doutrinária entre **materialistas e processualistas**.

Para aqueles que sustentam a natureza jurídica de direito material é certo que o fazem com fundamento no objeto da prova, uma vez que os fatos a serem provados se encontram no campo referente ao direito substantivo, passando a integrar a seara processual apenas quando efetivamente ingressam no processo civil.

Segundo João Monteiro (1956), por se tratar de manifestação sensível de uma relação jurídica, está ela condensada na própria substância do direito.

Como se observa, não se pode retirar a razão aos materialistas, até porque pode se dizer efetivamente que as normas reguladoras de **eficácia e valoração** da prova têm esse caráter, uma vez que dizem respeito à uma garantia de estabilidade e certeza, na medida em que se podem conhecer previamente as maneiras e modos pelos quais se poderão comprovar as situações donde surja o direito.

Não obstante, o que efetivamente define a posição de materialista é a atribuição de natureza material às normas sobre **admissibilidade** dos meios probatórios, restringindo-lhe, em contrapartida, o caráter processual.

Nesse segmento encontram-se renomados juristas, dentre eles João Monteiro e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, conforme demonstram seus ensinamentos.

Para o primeiro deles, *“a prova que se confunde com o próprio direito adquirido, e sobre o qual a lei nova não tem efeito retroativo, é de direito material”* (MONTEIRO, 1956, p. 354, t. 1).

E registra ainda:

“Se considerarmos a prova do ato ou fato jurídico respectivamente à própria existência da relação de direito de que foi origem aquele ato ou fato, e concluirmos que sem ela se aniquilará a relação de direito – v.g., sem escritura pública não há contrato de dote –; se inquirirmos da admissibilidade ou não admissibilidade desta ou aquela espécie de prova sobre tal relação de direito – v.g.; se vale a prova testemunhal para este ou aquele contrato –; se se questionarem, se lei nova, criando novo modo formal para a existência de certa relação de direito, destrói as relações de direito diversamente formadas sob o regime da lei anterior – v.g., se o filho natural, reconhecido segundo a prova exigida pela lei de hoje, perderá essa qualidade se a lei de amanhã exigir prova diversa; em qualquer dessas hipóteses, como ali dissemos – prova é de direito substantivo. Manifestação sensível da própria relação de direito, em todos aqueles casos, ou outros da mesma natureza, a prova está inseparavelmente condensada no próprio fundo ou substância de direito: Gabba, Teor. Della Retroat, vol. 1º, p. 258 e IV passim; Dalloz, vb Lois, n.º 335, etc. etc.” (MONTEIRO, 1956, p. 354, t. 1).

O segundo, ao seu turno, com toda a maestria e brilhantismo que lhe é peculiar, escreveu que:

“Quando o direito material não permite senão uma prova, inclusive diante de alegação de não existir, ser nulo ou anulável ou ineficaz algum ato jurídico, limita a litigiosidade. Atua no seu ramo e já cerceia a produção de provas no campo do direito processual. O direito processual é direito de aplicação das regras jurídicas, com a promessa de atender à tutela jurídica, a que o Estado se vinculou. A prova no processo, é a que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica. O documento, por exemplo, de ordinário só diz o que o direito material exigiu ou permitiu. Quase sempre, toda a eficácia do documento proveio do direito material (instrumento público, instrumento particular com exigência de número de testemunhas, ou, por vezes, reconhecimento de firma)”.

E finaliza dizendo que *“no plano do direito processual, importa-se o que está provado no direito material”* (PONTES DE MIRANDA, 1996, p. 246-247).

Extrai-se, destarte, que as teorias materialistas são concentradas na argumentação de indissociabilidade da prova com o seu objeto, tendo em vista que as provas condicionam a decisão a respeito do direito material discutido na demanda.

Entretanto, para os defensores da teoria processualista, com razão, não importa onde estejam alojadas as regras regulamentadoras da prova, pois, independentemente disso, terão sempre caráter processual.

José Frederico Marques (1962, p. 359-360) é o grande defensor desta tese, afirmando que:

“A verdade, porém, é que as normas do Código Civil sobre os institutos da prova, têm natureza estritamente processual, aplicando-se assim, às questões jurídico-privadas e àquelas de Direito público. [...] Os preceitos sobre matéria probatória pertencem ao Direito processual, porque o objetivo primordial e básico da prova é o de ‘convencer o juiz’, como diz Guasp, ‘da existência ou inexistência dos dados lógicos que deve sopesar ao proferir sentença’”.

O ilustre jurista transcreve ainda algumas palavras do inigualável Enrico Túlio Liebman (*apud* MARQUES, 1962, p. 359-360), circunscrevendo assim a problemática da certeza fática à prova judicial, visto que a estas se destinam as normas legais probatórias, e arremata dizendo:

“Fora do processo, pode cada um, sem dúvida alguma, tentar prover o êxito do processo ou tentar conhecer a verdade, por sua conta, servindo-se dos meios de pesquisa de que possa dispor em caso por caso. Assim, como conclusão, a necessidade de certeza dos fatos e relações jurídicas (sic) não dão lugar a problemas específicos de Direito. Dentro, porém, do que tem de jurídico o problema da prova, é ele um problema de natureza processual e processuais são as normas que o solucionam, como aquelas sobre o ônus da prova e as que tratam da admissibilidade, produção e efeitos dos diversos meios de prova. [...] Não há confundir com os preceitos sobre prova, aquelas normas que estatuem formas ad solenitatem, em que tais formas são elementos integrante e constitutivos do próprio ato jurídico”.

A problemática relativa à definição da natureza jurídica da prova não deve ser considerada mera questão acadêmica ou teórica, pois traz conseqüências diretas à vida cotidiana dos aplicadores do direito, influenciando diretamente no campo do direito intertemporal.

Conclui-se que os partidários da corrente processualista entendem que a prova não se vincula tanto ao seu objeto, mas sim à formação da convicção do juiz, não se sujeitando aos meros interesses das partes.

Levando-se em consideração a diversidade de matérias que cada *codex* regula, Moacyr Amaral Santos (2004, p. 26, v. 1) adotou uma posição eclética, transcrevendo a opinião de Mattiolo, *in verbis*:

“O direito de fornecer esta ou aquela prova, as condições pelas quais uma determinada prova é admitida em juízo, o valor, ou seja, a força da mesma, dependem exclusivamente da lei vigente ao tempo em que teve lugar o fato que se trata de provar. Por outro lado, a forma pela qual a prova deve ser fornecida em juízo depende da lei em vigor ao tempo em que a mesma deve ser produzida, salvo disposição contrária do legislador”.

De fato, não se pode assentir a topografia da norma no universo jurídico para definir a natureza jurídica de um instituto. Tanto isso é verdade, que o artigo 366 do Código de Processo Civil dispõe de norma nitidamente de caráter material, embora esteja encartada no estatuto processual.³

Se a questão da admissibilidade das provas nos aponta um caráter de direito privado (material), por outro lado não se pode olvidar que a possibilidade do julgador agir *ex officio* na produção das provas demonstra caminho completamente oposto, havendo aqui verdadeiro caráter público (processual).

Sem embargo da corrente contrária, recentes estudos demonstram que as normas regulamentadoras da prova têm, em sua esmagadora maioria, natureza jurídica de direito processual, considerando que os processualistas de forma geral, assim como o Código de Processo Civil, preocuparam-se muito mais com o tema do que os denominados civilistas.

Para sacramentar, cumpre trazer o pertinente comentário de João Batista Lopes (2002, p. 30-31):

³ “**Art. 366.** Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

“Em recente tese, que lhe valeu o título de doutor em direito pela Universidade de Barcelona, JOAN PICÓ I JUNOY põe relevo a indubitosa natureza processual da prova, assinalando com apoio em DE MARINO: ‘Si bien es cierto que las leyes sustantivas exigen determinadas pruebas para la existencia o validez de ciertos actos o contratos, em estos casos la prueba es inseparable de dicho acto o contrato y no pertenece al derecho a probar sino al de realizar tales actos validamente’”.

Nesse aspecto, com efeito, não há que se atribuir natureza material às normas regulamentadoras da prova, vez que possuem nítido caráter processual. Como excelentemente captado pelos doutrinadores estrangeiros, as leis substantivas exigem determinados meios de prova para conceder a existência e a validade de certos atos ou contratos.

Em tais casos torna-se indiscutível que a prova não é separada do próprio ato ou contrato, mas não pertence exatamente ao direito de provar, e sim à própria substância do ato, capacitando-os de gerar a validade própria do direito material.

3.1.4 Classificação

Inúmeras são as classificações das provas, havendo contraste inclusive em relação ao objeto de segmentação, se se deve seguir uma classificação referente aos meios ou às fontes de provas.

É bem verdade que, dependendo do enfoque ou da perspectiva abordada, os critérios classificatórios podem variar em demasia. São diversas e tão extensas as divisões relatadas por autores nacionais e estrangeiros, modernos e clássicos, que a imensa maioria se revela despicienda, improdutiva e ilógica, não trazendo qualquer reflexo prático a respeito.

Ante esse quadro, acompanhado de João Batista Lopes (2002), Moacyr Amaral Santos (2004), Artur Oscar de Oliveira Deda (2006), dentre outros, consideramos melhor a classificação tradicional fornecida por Nicola Framarino dei

Malatesta, que se utilizou de 03 (três) critérios, a saber: **objeto, sujeito e forma de prova.**

a) Quanto ao objeto, portanto, as provas podem ser *diretas ou indiretas.*

Diretas são aquelas provas que se referem especificamente ao fato probando, ou nele consistam propriamente, reproduzindo-o ou representando-o. Como exemplo pode-se citar a testemunha ocular, a escritura pública, a confissão de dívida, etc.

Indiretas, por sua vez, são as provas não enfocadas precisamente sobre o objeto que se quer provar, mas incidentes sobre outros fatos que, por meio de operações mentais (raciocínio, dedução, etc.), conduzirão ao fato probando. Por exemplo, a testemunha que não presenciou o crime, mas viu o réu com uma faca na mão ao lado do cadáver.

Há que se ressaltar ainda que esta mesma classificação é denominada por Carnelutti de *histórica* ou *crítica*, respectivamente.

b) Quanto ao sujeito, a prova subdivide-se em *pessoal e real.*

Pessoal é toda afirmação consciente, consistente em declaração ou afirmação sobre a veracidade de um fato, como por exemplo, o testemunho, o depoimento pessoal, o instrumento de contrato, a confissão de dívida, etc.

Real é a prova de atestação inconsciente que se limita ao próprio fato com suas circunstâncias, como por exemplo, trincas em paredes, a estabilização dos automóveis após um embate, etc.

c) Quanto à forma de prova, ela poderá ser ramificada em *testemunhal, documental ou material.*

Testemunhal *lato sensu* é a prova produzida sob a forma de afirmação oral, como a oitiva de testemunhas, o depoimento pessoal, o interrogatório, etc.

Documental é consistente numa afirmação escrita ou gravada, tal como as escrituras públicas, plantas, fotografias, etc.

Material é a atestação que emana rigorosamente da própria coisa, a fim de indicar os seus próprios elementos ou qualidades, como por exemplo, o exame de corpo de delito, exame pericial, os instrumentos do crime, etc.

Atente-se que as duas primeiras emanam de pessoas, enquanto a última é extraída por simples observação de coisas ou fatos, sem que isto interfira na classificação quanto ao sujeito.

No intuito de complementar a classificação das provas, clássica também é a divisão feita por Bentham (1971), que as distinguiu também de acordo com a forma e a preparação.

d) Quanto à preparação poderão ser subdivididas em *simples* ou *preconstituídas*.

Simples, também chamadas de **causais**, são as provas preparadas no curso do processo, sem que se pudesse prever a possibilidade da demanda.

Preconstituídas são as provas caracterizadas pelo fato de serem produzidas já com a finalidade de comprovarem certo ato jurídico de forma preventiva, que poderão ser utilizadas futuramente numa demanda, se necessário.

Impende observar que, por regra, as provas preconstituídas sempre serão pessoais, todavia, a recíproca não é verdadeira.

4. ABORDAGENS CONCEITUAIS DA PROVA

4.1 A prova como resultado

Para Jeremy Bentham (1971, p. 10) “a arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas”.

Claramente a prova está empregada no sentido de obter um resultado finalístico do processo, sendo nesse sentido a concepção dominante dos autores “que a viam objetivamente como ostentio, declaratio, e demonstratio ou, subjetivamente como convicção, fides, demonstração moral” (MENDES, 1961, p. 269).

Essa idéia de que o resultado da atividade probatória é o convencimento do julgador expandiu-se no século XIX, opondo-se à verdade formal existente na doutrina alemã.

Portanto, a prova seria o combate das partes para buscar o convencimento do juiz, noção que se mostrava presente desde os primórdios do direito romano, no qual se condicionava o *eventum litis* à convicção pessoal do juiz: *si parét, dondemna; si non parte, absolve*.

A prova, quanto à tendência de formação da convicção do julgador, pode ser observada como resultado ou demonstração de fatos, munindo-o, assim, com uma verdade subjetiva.

4.2 A prova como atividade

Se levada em consideração a prova como espécie de ato jurídico,

pode ser sustentada como sendo uma atividade, sob o enfoque de que é a atividade que leva o juiz ao convencimento, englobando a teoria do resultado, consoante sustenta Giuseppe Chiovenda (1965).

A prova encarada como atividade visa à contemplação da atuação dos agentes e dos efeitos que esta atuação proporciona.

Agentes podem ser de duas espécies, na conformidade dos escritos dos sujeitos da atividade de prova e órgãos da prova. Órgão da prova é a pessoa que transmite ao juiz conhecimentos a respeito do objeto da prova que podem ser partes principais ou acessórias (terceiros).

O juiz é sujeito de atividade de prova, mas não pode ser considerado órgão. Os agentes realizarão atos probatórios determinantes, leia-se juiz, condicionantes às partes e de execução em relação aos terceiros.

Luciane Cardoso (2001) demonstra que se contempla, na prova como atividade, a distinção entre prova direta e indireta, que incide sobre o objeto da averiguação.

Na visão de Carnelutti (2002), a prova teria um duplo significado, podendo ser analisada como atividade ou como meio.

Num sentido *lato*, prova compreende toda a forma de fixação do fato controvertido, e, portanto, também a presunção.

Conforme já lecionava Liebman, há distinção entre o significado de provar para as partes e para o juiz, pois em relação aos primeiros “provar” significa convencer, enquanto para o pretor, “provar” representa, de certa maneira, uma perseguição da verdade das alegações deduzidas.

A função da atividade probatória pode ser vista, então, segundo a

finalidade perseguida pelos agentes e a finalidade que busca a ordem jurídica (LIEBMAN, 1924, p. 136, v. 1 *apud* MENDES, 1961, p. 85-86).

4.3 A prova como juízo

A tradicional teoria sobre a estrutura do juízo vê a atividade probatória como uma dedução silogística em que a premissa maior é formada por uma regra geral do direito e a premissa menor pelos fatos, de forma que a conclusão corresponda exatamente ao conteúdo decisório.

Neste aspecto, Piero Calamandrei consolidou a tese da atividade probatória vista como juízo, em sua obra *“A gênese lógica da sentença civil”*, em que pese a explicação silogística representar uma descrição rude da atividade intelectual do juiz.

Cumprе salientar que nem sempre a premissa maior coincide com a questão de direito e nem sempre a premissa menor se encaixa perfeitamente na questão fática, ou à prova.

Assim, a crítica de Calamandrei atribui ao juiz, durante a fixação da premissa menor, uma tarefa de construção e reconstrução fática, cuja qualificação incluiria questões de direito, de tal forma que os fatos e o direito não se encontram nitidamente separados, mas se comunicam na tarefa interpretativa.

4.4 A prova como meio

Ao ser colocada ao lado de um conjunto de motivos que conduzem à certeza, a prova pode ser vista como meio.

Trata-se de dados objetivos e materiais em que o pretor se baseia para a fixação dos pontos controvertidos, a fim de alcançar a certeza chamada de psicológica, a qual diz respeito tão somente aos fatos comprovados.

4.5 A prova como reconstrução do passado

Partindo-se do ponto de vista metodológico novo para o Direito, este aspecto compreende a prova judicial, relacionando-a com a idéia de verificação ou confrontação das afirmações de cada parte com os elementos de juízo fornecidos pelos sujeitos do processo através de um método reconstutivo.

Esse método reconstutivo é extremamente complexo pelo fato de combinar vários outros processos de pesquisa usados em outras ciências, como por exemplo, a paleontologia, a história, etc.

Para Dellepiane (*apud* CARDOSO, 2001, p. 34) esse método se confunde com a teoria geral da prova judicial, do mesmo modo que esta, em última análise, se reduz aos princípios da prova por indícios convergentes à reconstrução do passado.

4.6 A prova como demonstração de verdade

O conceito de prova relacionado à concepção naturalística traz a noção, ou pelo menos se liga à idéia de verdade.

As partes da contenda judicial não podem se dar ao luxo de limitar-se a apresentar versões de seus fatos, devendo sim, por meio de mecanismos representativos ou indicativos, demonstrar que esses fatos narrados correspondem a uma realidade. O juiz, portanto, tem o dever de tão somente verificar essa verdade, não lhe sendo necessário exatamente descobri-la.

Para a ciência do Direito não importa a realidade ontológica considerada em si mesma, mas a realidade enquanto a prática social assim reconhecida.

“Os juízos internos ou proposições podem externar-se em afirmações de realidade veritas essendi, que se distinguem da representação mental tida como realidade. No plano das representações mentais podem existir representações adequadas à realidade veritates cognoscendi ou não adequadas: erros ou falsidades” (CARDOSO, 2001, p. 34).

Existem afirmações que são caracterizadas por exteriorizações de representações mentais, verídicas, ou seja, conforme a própria representação mental; verdadeiras, que se coadunam com a realidade; verdadeiras, porém inverídicas; ou, por fim, falsas e inverídicas, que corresponderiam às mentiras empregadas com má-fé.

Segundo Sturm (*apud* MENDES, 1961, p. 379) inúmeros julgadores apreciam a prova testemunhal desprezando estas categorias, perfazendo uma valoração simplória concernente à dualidade de verdadeiro e falso, bem como verdade ou perjúrio.

Há que se diferenciar prova dos fatos de demonstração das normas jurídicas. Segundo Carnelutti (2002), a prova dos fatos é uma fixação formal de uma versão de fato, que só acidentalmente corresponderá à verdade, podendo ser um equivalente judiciário seu. O ilustre doutrinador afirma que sempre que estamos diante da limitação judicial temos um processo formal de fixação.

A concepção clássico-naturalista de prova como demonstração da verdade de um fato sofre várias críticas, porquanto não corresponde às exigências jurídicas de um conceito, e ainda contemplaria os conceitos de prova legal e decisão sobre fatos incertos, em que não se chega a uma demonstração da verdade.

Ocorre que a solução sobre a problemática dos fatos incertos é dada pela redução das alegações das partes a um silogismo, com a conseqüente aplicação da teoria do ônus da prova, ou ainda da teoria da verossimilhança.

4.7 A prova como justificação

Além de ter aquele aspecto de reconstrução do passado, a prova também revela uma verdadeira preparação para o futuro, haja vista que a verdade é a possível justificação de escolha da versão do fato que será utilizado na sentença.

Além da verdade a ser escolhida pelo juiz, a versão do fato a ser acolhido poderá ser indicado mediante outras justificativas, dentre as quais se pode ressaltar a verossimilhança, que representaria o mínimo elemento da justificabilidade, fazendo com que atue pela exclusão das sustentações levadas a cabo pela parte contrária, as quais seriam mais fracas ou, resumindo-se, menos persuasivas.

Analisando-se todas as teorias expostas acima, João de Castro Mendes (1961, p. 729) concluiu que:

“A prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação, através do processo, no espírito do julgador da conficção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”.

Não suficiente, afirmou ainda que:

“Von Canstein e Marcadé viam em certo ‘quantum’ de convicção (a probabilidade e não a certeza para o primeiro; a certeza e não a probabilidade para o segundo) uma nota essencial do conceito de prova; como Micheli via a convicção decorrente do próprio princípio dispositivo” (MENDES, 1961, p. 729).

Logo, em síntese, prova seria uma demonstração que funcionaria como verdadeiro pressuposto da decisão judicial, de forma tal que o objeto dessa demonstração corresponderia exatamente às afirmações fáticas singulares.

Retornando-se ao sentido etimológico da palavra prova, não se discute que *probatio* advém de *probus*, que originou para a língua portuguesa as palavras **prova** e **probo**. Subjetivamente, a palavra transmite a idéia de aprovar ou

fazer aprovar-se, representando uma escolha íntima de acolher ou não a argumentação de uma ou de outra parte.

A propósito, mencionando justamente o aspecto subjetivo da prova, Ferraz Júnior (*apud* CARDOSO, 2001, p. 36) aduz que provar significa:

“a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos num sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum, etc.)”.

Por fim, não podemos nos olvidar da seguinte definição de Santiago Santís Melendo (*apud* CARDOSO, 2001, p. 36):

“A prova é verificação de afirmações, formuladas pelas partes, relativas, em geral a fatos, e, excepcionalmente, a normas jurídicas, que se realizam utilizando fontes, as quais chegam ao processo por determinados meios, trazidas aquelas pelos litigantes, e, dispostos estes pelo juiz, com as garantias jurídicas estabelecidas, ajustando-se ao procedimento legal, adquiridas para o processo e valoradas de acordo como normas de sã crítica, para levar o juiz a uma convicção livre”.

Portanto, invariavelmente, a prova pode ser considerada como um elemento judicial de justificação para a prestação da tutela jurisdicional, refira-se ou não a mérito a decisão.

5. OBJETO DA PROVA

“Se ao juiz fosse concedido decidir do direito só pelas suas impressões pessoais a respeito das contendas e litígios que ante ele se agitam, ou pelas simples alegações desacompanhadas de prova, daqueles que comparecem à liça das lutas jurídicas; se lhe fosse facultado julgar e cominar a pena ao indigitado autor de um delito de cuja existência ou realidade não haja plena certeza e sobre cuja autoria paire; se, numa palavra, ao juiz fosse lícito agir livremente e desprendido de quaisquer peias jurídicas ou morais, absolvendo ou condenando, sem se preocupar com o descobrimento e verificação da verdade, que deve ser o seu rumo, o seu norte invariável, o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça, e esta não mais seria a garantia das pessoas honestas e dos fracos, nem a mantenedora do direito e guarda vigilante da paz, da ordem e da harmonia, que devem presidir a vida e a marcha das sociedades regularmente organizadas, mas fim a força imane, despótica e tirânica, sempre pronta e aparelhada para negar, desconhecer e aniquilar o direito desprotegido e imbele” (GUSMÃO, 1922-24, p. 15 apud GIANNICO, 2005, p. 83).

Conforme sinteticamente analisado no Capítulo 1, Título 1, Subtítulo 3.1.2, referente ao objeto da prova judiciária, sabe-se que a prova destina-se à confirmação dos fatos narrados por autor e réu durante o processo, sendo, pois, este o seu objeto principal, consoante aduz o próprio artigo 32 do Código de Processo Civil Brasileiro, *ipsis litteris*:

“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Todavia, impende ressaltar que não são todos os fatos objeto da prova judiciária a ser produzida durante a instrução processual, mas tão somente aqueles que guardam pertinência lógica com a lide, bem como precisos e determinados e, por fim, desde que *controvertidos* ou *controversos*.

Por óbvio, inexistindo pertinência temática com a lide, desnecessária é a prova do fato, tendo em vista a ausência de relação ou conexão com a causa intentada.

Ademais, é necessária ainda a controvérsia pois a disputa jurídica do fato incontestado se resume à simples aplicação do direito.

Por fim, se o fato for indeterminado ou indefinido, não há como ser provado, ou seja, torna-se insuscetível de prova.

Daí a razão pela qual a doutrina entende que só precisam ser provados os fatos **relevantes, controversos e determinados (precisos)**.

5.1 Fatos relevantes

No dizer de Moacyr Amaral Santos (2004, p. 345, v. 2), “*objeto da prova são os fatos sobre que versa a lide. Devem, portanto, ser provados os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada*”.

Por isso é que se diz que os fatos por provar-se têm de ser *relevantes* ou *influentes*, ou seja, há necessidade de que esses fatos tenham a capacidade de influir na decisão do julgador, pois aqueles que não tenham pertinência temática com a demanda, isto é, que não possam influir na decisão final são considerados completamente inúteis, consoante já dizia o brocardo: *frustra probatur quod probatum non relevat*.

Da mesma forma, os fatos absolutamente impossíveis são de total irrelevância na esfera jurídica, justamente porque também não podem influir na decisão judicial, estando, assim, excluídos do objeto da prova. Aliás, aplica-se a máxima *impossibile allegans non auditur*, ou seja, não se dá ouvidos àquele que alega o impossível.

Como se pode observar, segundo Couture, citado por Luciane Cardoso (2001, p. 40), “*os fatos a serem provados devem ser limitados ao assunto sobre o qual se litiga*”.

Entrementes, há que ser ressaltado que o conceito de impossibilidade se torna cada vez mais relativo, especialmente diante do avanço

científico-tecnológico da humanidade, de modo que a doutrina recomenda “*que não se admitam à prova tão-só aqueles fatos cuja existência repugna ao espírito esclarecido, por contrariar uma verdade universal estabelecida*” (SANTOS, 2004, p. 346, v. 2).

Excluídos da prova também estão, além dos impossíveis por sua própria natureza, aqueles fatos cuja impossibilidade advém diretamente de expressa determinação legal.

Outrossim, entendem-se também por fatos impossíveis aqueles que, conquanto possíveis na realidade, sejam impossíveis de serem provados em juízo, donde se extrai que ***não são objeto de prova os fatos cuja prova é impossível.***

Cumprе salientar que a impossibilidade probatória dos fatos podem ser decorrentes de 2 (duas) causas:

Impossibilidade probatória decorrente de lei – trata-se daqueles fatos alegados em face de uma presunção absoluta (*iuris et de iure*), visto que a lei proíbe a sua prova por total ausência de utilidade, pois a presunção, por ser absoluta, substituiria de qualquer forma os fatos, ainda que fossem verdadeiros. Vide subsecção 5.7.2 deste mesmo capítulo.

Ainda aqui, podemos também encaixar a máxima *nemo turpitudinem suam audire potest*, ou seja, que ninguém pode alegar a própria torpeza em juízo. Para melhores detalhes, vide Subsecção 5.4 logo à frente.

Impossibilidade probatória decorrente da própria natureza do fato – cuida daqueles fatos cuja lei veda determinado meio probatório, como por exemplo, a regra de que é vedado a prova exclusivamente testemunhal para comprovar contratos civis de valor superior a 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo vigente, ao tempo em que foram celebrados, consoante determinação do artigo 401 do Código de Processo Civil.⁴

⁴ “**Art. 401.** A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o

Incluem-se também nesta classificação os fatos cujas condições peculiares impedem a utilização de determinados meios de prova, conforme o que ocorre com a prova pericial, que será impossível e não deverá ser admitida quando impraticável diante da natureza do fato por provar-se, segundo disposição do artigo 420, parágrafo único, n.º III, do Código de Processo Civil.⁵

5.2 Fatos controversos

Para se alcançar um total entendimento do que seja um fato controverso, é indispensável se ter em mente determinados conceitos, a fim de melhor compreender o objeto da prova, dentre eles o significado técnico-jurídico do que vem a ser **questão**.

Questão, pois, nada mais é senão a narrativa de um *ponto* que se tornou controvertido perante a defesa apresentada pelo réu. Aqui deparamo-nos com outro problema: O que vem a ser **ponto controvertido**?

Necessário, portanto, conhecer inicialmente o conceito de **ponto** para que posteriormente possamos adjetivá-lo com a palavra *controvertido*.

Entende-se por **ponto** a menor descrição fática possível que poderá estar contida na tanto na petição inicial, embutida na *causa petendi*, quanto na exceção apresentada pela parte contrária.

Imagina-se, a partir de então, que cada peça processual, cada pretensão formulada em juízo constitui-se de inúmeros pontos, os quais agrupados transmitem a idéia completa da situação fática que origina o direito. Para melhor esclarecer a idéia, observe-se a seguinte narrativa hipotética de acidente de trânsito contida numa exordial.

décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

⁵ “**Parágrafo único.** O juiz indeferirá a prova quando:

[...]

III – a verificação for impraticável.”

O requerente, no dia 30 de maio de 2006, trafegava com seu veículo pela Avenida Getúlio Vargas, quando, ao alcançar o cruzamento com a Avenida Jânio Quadros, foi tolhido lateralmente pelo requerido, que dirigia o seu automóvel por esta última via, o qual, de forma displicente, atravessou a primeira com o semáforo fechado para si.

Nestes termos, toda afirmação feita na exordial são considerados **pontos**, como por exemplo: “no dia 30 de maio de 2006”; “trafegava com seu veículo pela Avenida Getúlio Vargas”; “cruzamento com a Avenida Jânio Quadros”; “foi tolhido lateralmente pelo requerido”; “que dirigia o seu automóvel por esta última via”; o qual [...] atravessou a primeira” e “com o semáforo fechado para si”.

Constata-se que frente o exercício regular do direito de defesa do réu, os pontos controvertidos podem se alterar, senão vejamos:

Apresentada, em sede de contestação, a alegação de que o requerido “*encontrava-se internado no Hospital ABC no mesmo dia do acidente*”, toda a narrativa inicial é obstada por um único **ponto**, capaz de transformar todos os expostos na inaugural em **pontos controvertidos**. Portanto, este processo conterà várias **questões** a serem resolvidas pelo julgador.

Por outro lado, se o requerido confirma na sua contestação toda a narrativa que lhe foi imputada pelo requerente, discordando, todavia, que tenha cruzado no sinal vermelho, mas que quem o fez foi o autor, surgirá apenas um único ponto controverso.

Consoante lição de Francesco Carnelutti (2002, p. 36-37), *in verbis*:

*“A afirmação de um fato já afirmado pela parte contrária se chama **admissão**, cuja noção portanto se esclarece nestes termos: **posição como pressuposto do pedido de um fato já pressuposto do pedido adversário**”.*

Havendo o fenômeno da **admissão**, os pontos não contestados são denominados **pontos incontroversos** ou ainda **pontos pacíficos**, ao passo que os

pontos refutados são chamados de **pontos controversos** ou simplesmente **questões**.

Isto é o que decorre do princípio da causalidade, extraído do artigo 302 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo.” (grifamos).

Contudo, o dispositivo não pode ser visto de forma isolada, haja vista que é complementado pelo artigo 334 do mesmo *codex*:

“Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I – notórios;
II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III – admitidos, no processo, como incontroversos;
IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” (G.N.).

As questões, portanto, deverão ser atentamente analisadas pelo juiz a fim de dirimir a lide que lhe foi apresentada, razão pela qual se torna indispensável a apresentação de provas para a formação do seu convencimento, pois é cediço que ao julgador não é suficiente a mera narrativa, impondo-se a demonstração da existência ou inexistência dos fatos narrados. **“Por outras palavras, o juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes”** (SANTOS, 2004, p. 337, v. 2).

“A exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência dos fatos, se converte na exigência da prova destes” (SANTOS, 2004, p. 337, v. 2), de modo que os fatos controversos é que são o verdadeiro objeto da prova.

Conclui-se, então, que somente os **fatos controvertidos** podem ser objeto da prova, pois em não havendo controvérsia fática tratar-se-ia de mera aplicação do direito e, quanto a isso, o juiz tem o dever de investigar o direito aplicável ao caso concreto, conforme já dizia o antigo axioma latino – *jura novit cúria*.

5.2.1 Exceções

Embora não contestados alguns fatos, nada obsta que determinadas circunstâncias reclamem a necessidade de prová-los, sendo as mais comuns:

Se a prova é reclamada pelo próprio julgador – nestes casos o pretor exige a produção probatória acerca de fato incontroverso a fim de formar sua convicção pessoal de forma mais segura, tendo em vista possível dúvida acerca dos fatos.

Quando a lide versar sobre direitos indisponíveis – nestes casos, a própria natureza do direito invocado não admite a possibilidade da não produção de provas a ele relativas, ainda que tais fatos sejam incontroversos. Exemplo: ações de anulação de casamento.

Exigência legal de que a prova do ato jurídico tenha forma especial – ainda que o ato jurídico relatado reste incontroverso nos autos, se este depender de formalidade expressa prevista em lei, é inconteste que não poderá se furtar à prova especial. Isto é o que se verifica com a prova da propriedade imobiliária, do casamento, do direito real de garantia, etc.

Nestes moldes, os fatos inclusos nas alíneas supra, ainda que incontroversos, poderão ser objeto de prova, constituindo-se verdadeira exceção à regra de que somente os fatos controvertidos possam ser objeto de prova.

5.3 Fatos determinados

O fato é suficientemente determinado quando apresenta características inigualáveis aos outros, isto é, quando possa ser diferenciado, distinto de qualquer outro por mais parecido que possa ser.

Identicamente às pessoas, aos bens, os fatos são entes ou figuras com limites, qualidades, características, tanto é que se encontram previstos na Parte Geral do Código Civil Brasileiro, assim como as outras duas categorias. Assim, os fatos para serem considerados objeto de prova devem encontrar-se perfeitamente individualizados.

Conforme a distinta lição de João Batista Lopes (2002, p. 33), “*fatos precisos são os que terminam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa*”.

Michele Taruffo (*apud* CARDOSO, 2001, p. 39) chegou a definir exatamente o **fato específico** como objeto de prova, seja ele principal ou secundário, indicado em sede de dedução da própria prova.

Os fatos indeterminados não podem ser considerados objeto de prova, porque ao revés, são completamente insuscetíveis de provas, justamente em razão da indefinição, da imprecisão que deles faz parte. “*Alegações genéricas ou vagas não comportam provas*” (LOPES, 2002, p. 33).

Veja-se que a falta de uma qualidade própria, de um sinal individual, de uma característica marcante, conduz à não obtenção duma linha divisória entre vários fatos, ensejando, então, a impossibilidade de diferenciação, distinção, separação de outro qualquer não relacionado com a demanda proposta.

5.4 Fatos imorais

Muito contrário do que se pensa, ou do que se imagina, a questão dos fatos imorais como objeto de prova não é discutida pela doutrina, existindo unanimidade no que se refere à possibilidade de sua produção.

Com efeito, a prova de fatos imorais é muito mais comum do que se supõe, e não é só, pois é considerada por muitas vezes indispensável para o deslinde da causa.

De fato, inúmeros feitos necessitam de produção probatória dos fatos considerados imorais, como, por exemplo, a má-fé, a violência e a clandestinidade no que tange à posse, bem como praticamente tudo que se relaciona aos defeitos do negócio jurídico – dolo, coação, lesão, fraude contra credores, etc.

A despeito disso, é imperioso salientar que os fatos imorais não podem ser objeto de prova quando o benefício dessa produção aprover diretamente ao próprio autor do fato imoral, torpe. Aliás, o aforismo *nemo turpitudinem suam audire potest* já nos é longo conhecido.

5.5 Fatos negativos

É extremamente comum dizer que os fatos negativos não precisam ser provados, entretanto, devemos observar atentamente que o fato negativo absoluto é impossível de ser provado. Porém, as negativas relativas podem ser seguramente objeto de prova.

Veja-se que é impossível provar que jamais estive na cidade de Curitiba (PR). Não obstante, posso comprovar efetivamente que não me encontrava naquela cidade em determinada data e hora, porque estava participando de outro evento em localidade diversa.

Existia um antigo brocardo latino no sentido de que a *negativa non sun probanda*, o qual há tempos já era repudiado por Giuseppe Chiovenda (1965, p. 377, v. II) com a seguinte argumentação:

“em primeiro lugar, em muitíssimos casos, não se saberia como aplicá-lo. Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual é a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa...”.

Aliás, já ao tempo das Ordenações Filipinas essa regra não era absoluta:

“posto que seja regra que a negativa se não pode provar, e por conseguinte se não pode articular, essa regra não é sempre verdadeira, porque bem se pode provar se é coarctada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se é negativa que se resolve em afirmativa e pode-se ainda provar por confissão da parte feita no depoimento” (CHIOVENDA *apud* LOPES, 2002, p. 34).

Portanto, conforme brilhantemente observado por Carlo Lessona (*apud* LOPES, 2002, p. 34), *“a impossibilidade da prova do fato negativo indefinido não deriva do seu caráter negativo, mas do seu caráter indefinido”*.

5.6 Usos e costumes

O artigo 337 do Código de Processo Civil será objeto de estudo no subtítulo 5.7.3.1, no que diz respeito à prova do direito. Não obstante, por ora é imperioso dizer que os usos e costumes são objetos de prova, consoante disciplina o mesmo dispositivo legal.

Independente da divergência que se encontra entre os doutrinados com relação às palavras *usos e costumes* – tendo em vista que alguns dizem ser aquela espécie desta última e outros afirmam que *costume* é empregada no campo civil, enquanto *uso* é destinado à seara comercial – é imperioso salientar que a expressão compreende o direito consuetudinário.

5.6.1 Requisitos de existência

Os pressupostos essenciais para a existência do costume são: *longa reiteração e credibilidade de sanção*.

Primeiramente, o fato para se tornar um costume necessita de prática reiterada, por longo período de tempo, de maneira idêntica e uniforme, por número considerável de pessoas.

Em segundo lugar, as pessoas que reiteram a prática do ato devem ter consciência de que a violação lhes acarretará uma sanção. Daí advém a força normativa do costume, que é impressa com caráter e autoridade de fonte primária do direito.

5.6.2 A prova dos usos e costumes

A prova dos usos e costumes é extremamente complicada, justamente porque se faz necessário provar que o costume se trata na verdade de um costume, ou seja, é imprescindível demonstrar os requisitos de existência mencionados no subtítulo anterior.

Não se deve, portanto, criar embaraços ao modo pelo qual o costume será comprovado em juízo, mas, muito pelo contrário, convém facilitar os meios de tal produção probatória, conforme diretriz existente no artigo 259 do antigo Código de Processo Civil: *“Os usos e costumes, em geral, provar-se-ão pelos meios admissíveis em juízo”*.

Nestes moldes, a prova dos usos e costumes em juízo deverá ser feita através de testemunhas, documentos e inclusive mediante confissão da parte *ex adversa*.

Segundo Moacyr Amaral Santos (2004, p. 517, v. 2), “*Dentre os meios de prova mais aconselhados estão os casos julgados, isto é, as sentenças definitivas, transitadas em julgado, que afirmem a existência do costume e tracem a regra de direito costumeiro respectivo*”.

É possível, ainda, a utilização da prova *per assertionem excellentis doctoris*, ou seja, a opinião comum de escritores capazes de demonstrar o direito consuetudinário.

No tocante ao direito comercial, a prova dos costumes locais pode ser feita através de assentos⁶ tomados pelas Juntas Comerciais ou atestados⁷ fornecidos pelas mesmas.

5.7 Fatos que independem de prova

Conforme já estudado, não são todos os fatos objeto de prova, existindo também aqueles que não dependem de prova, já que são presumidos ou plenamente admitidos como verdadeiros.

A princípio, podemos analisar o artigo 334 do Código de Processo Civil, o qual afirma não dependerem de prova os fatos notórios, os incontroversos, os confessos e os presumidamente legais.

⁶ Cabe às Juntas Comerciais, ou às repartições que lhes façam as vezes, o encargo de coligir os usos comerciais locais e, depois de verificarem a unicidade da conduta e a veracidade, **assentá-los**, isto é, registrá-los em livros próprios.

⁷ Como o processo de assentamento é extremamente demorado, pode ocorrer que o costume ainda não esteja registrado nos livros, de modo que as Juntas Comerciais poderão fornecer atestados sobre os elementos informativos desses costumes em trâmite para assentamento. O **atestado**, portanto, consiste no testemunho escrito sobre a existência de um costume ainda não tomado por assento.

5.7.1 Fatos notórios

Ao contrário do que se possa imaginar inicialmente, não se pode afirmar que fato notório é aquele conhecido de todos, haja vista que raros são os fatos que realmente possuem tal atributo.

O conceito doutrinário do que seja fato notório não é muito preciso, mas basta lembrar, com efeito, que aquilo que é notório para alguns não o é para outras pessoas.

Por outro lado, é importante frisar que existem fatos considerados de domínio público. Porém, estes normalmente não interessarão para o deslinde de qualquer demanda.

Para Piero Calamandrei, citado por João Batista Lopes (2002), não é o conhecimento real e efetivo que gera a notoriedade, mas a normalidade desse conhecimento por parte do homem médio pertencente a certo círculo social e dotado de certo grau de cultura.

Assim, em cada casta da sociedade pode-se dizer que há uma parcela de conhecimento, passando por contínuas experiências, ou, ao menos, pelo crivo da crítica coletiva, advindo das artes, da ciência, da técnica ou dos fatos cotidianos, passando a fazer parte da opinião comum.

Entretanto, não se pode olvidar que essa *communis opinio* varia de lugar para lugar, bem como sofre ações temporais, conforme os progressos da humanidade, aí consideradas a ciência, a política, etc.

Todavia, não seria justo equiparar as afirmações dessa natureza, ou nela fundamentadas, àquelas feitas por qualquer membro esparso da comunidade, pois a formação histórica daquelas, ainda que limitada ao lugar, impregna-lhe de autoridade, cuja afirmação isolada não tem justamente em função da crítica e da apuração coletiva da sociedade.

Da mesma forma, é possível constatar que certos fatos fazem parte da cultura de uma determinada esfera social.

Nestes moldes, cumpre transcrever a noção de fato notório fornecida por Piero Calamandrei (*apud* SANTOS, 2004, p. 348, v. 2), que são “*aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorre a decisão*”.

Para Chiovenda (*apud* DEDA, 2006, p. 5), notórios são os fatos “*que não se possam negar sine tergiversatione*”.

A melhor definição, portanto, é a de que fatos notórios são todos aqueles cuja existência é conhecida pela maior parte dos cidadãos de cultura média, no tempo e lugar onde é prolatada a sentença.

Os fatos considerados notórios dispensam a produção probatória porque possuem como elementos essenciais a verdade e a generalidade de conhecimento, autorizando, portanto, o julgador a se afastar da regra geral expressada pela máxima: *quod non est in actis non est in mundo*.

Conforme adverte José Maria Asencio Mellado (*apud* DEDA, 2006, p. 5), da Universidade de Alicante, nestes casos não se trata de utilizar fatos que o juiz conheça “*por su ciência privada, sin de aquellos que sean publica e generalizadamente conocidos*”, pois aí estaria o juiz funcionando como verdadeira testemunha, o que lhe é vedado, mas de fatos amplamente conhecidos por uma determinada parcela da sociedade.

Ademais, tratando-se da utilização de fatos conhecidos por uma coletividade, o juiz estará apenas fazendo um trabalho de interpretação, para o qual a exatidão das partes do processo sempre possibilitará verificar a autenticidade.

Aliás, a razão de não se admitir a prova dos fatos notórios consiste na inutilidade de se provar aquilo que é objetivamente conhecido por uma

generalidade de pessoas, evitando-se despesas desnecessárias, como também resguardar o princípio da economia processual (MELLADO *apud* DEDA, 2006, p. 5).

Daí emerge a justificativa, não obstante certa relutância durante os tempos, de que os fatos notórios independem de prova – *notória non eget probatione*, máxima convertida em lei por inúmeras legislações mundo afora, inclusive a brasileira como já mencionamos.

5.7.2 Fatos legalmente presumidos

As presunções são historicamente reconhecidas como meio de prova, advindo desde os glosadores, conforme atesta Juan Montero Aroca (*apud* DEDA, 2006, p. 6).

Inicialmente é de bom alvitre esclarecer que presunção é uma espécie de prova indireta, assim como os indícios, embora muitos autores confundam essas figuras.

Para Nicola Framarino dei Malatesta (1960, p. 217), “*a opinião de identidade entre presunção e indício não se funda, pois em nenhuma convicção lógica, e deve por isso ser rejeitada*”.

No Brasil, quem demonstra com extrema precisão a diferença entre presunções e indícios é Câmara Leal (*apud* SANTOS, p. 84-85), nos seguintes moldes:

“O indício é o fato conhecido do qual, em virtude do princípio da causalidade, se induz o fato desconhecido, ao qual se atribui a função de causa ou efeito em relação ao fato conhecido. A presunção, ao invés, não tem por fundamento o princípio da causalidade, mas sim o princípio da identidade, porque do fato conhecido induzimos indiretamente o fato desconhecido, em virtude de certas circunstâncias que em casos idênticos costumam verificar-se”.

Segundo Francesco Carnelutti (*apud* SANTOS, 2004, p. 509, v. 2), “presunções são conseqüências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido”.

É consabido que as presunções legais subdividem-se em presunções *juris tantum* (relativas) e presunções *juris et de jure* (absolutas), sendo exatamente a prova o critério distintivo entre elas, haja vista que as primeiras permitem produção probatória em sentido contrário, ou seja, apta a infirmá-las, enquanto as segundas não admitem qualquer espécie de prova, ainda que capazes de contradizê-las.

A grande questão a se fazer nesse aspecto é: diante do silêncio do artigo 334 do Código de Processo Civil, a regra exposta no inciso IV é aplicável às presunções absolutas ou relativas?

Como não poderia deixar de ser, o insuperável Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1996, p. 280) já percorreu esse tortuoso raciocínio e concluiu que o dispositivo é voltado às presunções *juris tantum*, consoante se verifica abaixo, *ipsis litteris*:

*“Pergunta-se: o art. 334, IV, não distingue, para a eficácia de independência de prova, da presunção absoluta a presunção legal relativa, ou se se refere à presunção absoluta? Se o art. 334, IV, apenas fosse concernente às **praesumptiones iuris et de iure**, teríamos superfluidade, porque no próprio conceito estão incluídas a desnecessidade de outra prova e a impossibilidade de prova em contrário”.*

A princípio parece estranho esse raciocínio, entretanto, ao aprofundarmos o assunto, só podemos nos aliar aos pensamentos do mestre. Embora as presunções *juris tantum* admitam produção probatória visando infirmá-las, por outro lado, não se pode conceber a idéia de permitir àquele a quem a presunção aproveitar, de produzir provas no sentido de confirmá-las. Portanto, não caberá jamais ao detentor dessa presunção a produção de provas visando respaldá-las, já que tal condição é decorrente da própria lei.

Nestes casos ocorre uma verdadeira inversão do ônus da prova, de modo que somente o prejudicado terá legitimidade para exercer o seu direito de prova, na tentativa de infirmar a presunção legal relativa.

Contudo, o que independe completamente de prova são as presunções absolutas – *juris et de juri* – vez que a legalidade de existência e veracidade não podem ser afrontadas mediante qualquer produção probatória, dado que a disciplina vem regulamentada na própria lei.

5.7.3 O direito

Conforme observado até o presente momento, temos que somente os fatos e, ainda assim nem todos, são objetos de prova. E quanto ao direito, poderá ele ser objeto de prova?

Não se pode olvidar que uma das características da lei é a sua força coercitiva, a sua obrigatoriedade de cumprimento. Por consequência desse princípio, ninguém pode escusar-se ao argumento de que a desconhece – *nemo jus ignorare censetur* –, consubstanciada no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Ora, se sequer as pessoas, os administrados do Estado podem alegar ignorância da lei, o que dizer então do responsável pela administração da Justiça? Pelas maiores e mais evidentes razões, até porque se trata de um órgão do Estado dotado de pessoas técnicas e gabaritadas em interpretação das leis, seria totalmente ilógico e irracional se pudesse o magistrado eximir-se do cumprimento da prestação da tutela jurisdicional, sob o pretexto de não conhecer a lei, ou que é obscura, omissa, imperfeita, mal-acabada.

Isto, inclusive, era o que dispunha o antigo artigo 5º da já revogada Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa alegando de ignorar a lei.

Nem com o silêncio, a obscuridade ou indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar”.

Embora não mais existente na atual Lei de Introdução do Código Civil, regra semelhante foi transportada ao Código de Processo Civil, que explicita em seu artigo 126, 1ª parte, *in verbis*: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”. Por isso, o próprio artigo 126 do mencionado *codex* o autoriza em sua 2ª parte a se utilizar de outras fontes do direito: “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Portanto, se não é lícito às partes e, muito menos, ao juiz alegar ignorância da lei para, respectivamente, evitar o seu cumprimento e se eximir de prestar a tutela jurisdicional, é conseqüência lógica que o direito não necessita ser provado.

Aliás, basta lembrar a célebre frase latina *jura novit curia*, ou seja, “o juiz conhece o direito”, ou ainda aquela outra: *naha mihi facta, dabo tibi jus* que quer dizer “narra-me os fatos que lhe darei o direito”.

Além do mais, por ser a lei a principal fonte imediata e direta do direito, generaliza-se o princípio universalmente aceito no sentido de que *as regras de direito independem de prova* (SANTOS, 2004, p. 350, v. 2).

5.7.3.1 O direito carecedor de prova

A necessidade de se provar a norma jurídica remonta ao Direito Romano aplicável no século XII e XIII. Naquela época o direito provinha principalmente dos costumes, os quais nem sempre eram notórios, razão pela qual o interessado em ver seu direito tutelado precisava, antes de mais nada, prová-lo perante os pretores. Por vezes, a própria lei era objeto de prova, o que poderia se

fazer através de testemunhas ou mesmo por meio de proclamações orais feitas por uma autoridade local (GIANNICO, 2005, p. 86).

Em verdade, as regras jurídicas não dependem de produção probatória para comprovar a sua autenticidade ou vigência, pois se presume que o juiz é o seu melhor conhecedor.

Entretanto, o princípio de que o direito independe de prova não é absoluto, pois o que efetivamente não necessita de prova é a lei no sentido de direito comum, ao qual a lei presume, inclusive, de conhecimento público e notório – artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim, o que se isenta de prova é o direito comum por ser de amplo conhecimento dos magistrados brasileiros – *jus communae, quo judici notum esse debet*.

De fato, inteiramente desarrazoado seria exigir dos magistrados, ou melhor, presumir que todos fossem conhecedores de todas as leis, costumes, atos, posturas e regulamentos dos mais variados possíveis, de todos os municípios insertos no território nacional, bem como de todos os Estados estrangeiros, Nações, etc. espalhados ao redor do planeta.

Não obstante, interessantíssimo e bem pontuado é o alerta feito por Cândido Rangel Dinamarco (*apud* GIANNICO, 2005, p. 87), no sentido de que não se trata de provar o direito em si, mas o fato consistente na existência de determinado texto legal e o fato de estar em vigor.

Desta coerente premissa, decorre a exceção prevista no artigo 337 do Estatuto Processual Pátrio, disciplinando que: “*A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz*”.

Nesse ínterim, importa dizer que há presunção de conhecimento das *leis municipais e estaduais* quando suscitadas no âmbito territorial do Estado ou Município para o qual foram legisladas, de forma que a necessidade da prova dessas duas espécies diz respeito à lei de Estado ou Município diverso daquele onde tramita o feito.

Ainda assim, pode-se observar que a produção probatória a respeito do direito municipal, estadual ou alienígena fica condicionada ao único e exclusivo critério do juiz, pois se este conhecer o direito suscitado pela parte, desnecessária se faz a produção probatória, entretanto, caso o juiz não conheça e determine a efetiva comprovação, haverá a obrigação de fazê-lo. Por isso a exigência da prova estar limitada pelo referido dispositivo, na sua parte final: *“se assim determinar o juiz”*.

Nestes moldes, faculta-se ao litigante, a quem incumbir a demonstração desse direito, esperar pela solução do magistrado quanto à necessidade de produção dessa prova.

A propósito, necessária se faz uma pequena separação no artigo 337 do Código de Processo Civil, qual seja, enquanto a primeira parte se refere ao objeto da prova: *“direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário”*, a segunda, por sua vez, é relacionada ao ônus de provar: *“provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”*.

Observa-se, por fim, que é exigida a prova do teor e da vigência do direito invocado, razão pela qual a forma de demonstração deverá ocorrer mediante certidão fornecida pelo órgão legislativo competente (assembleia legislativa ou câmara municipal), ou ainda por meio da exibição do jornal oficial que publicou a mencionada lei.

Agora, em se tratando de direito estrangeiro é certo que a prova se torna mais complexa, dado que nem sempre é possível a produção probatória mediante certidão da repartição legislativa competente, impõe-se a aceitação de

qualquer obra jurídica de reconhecido merecimento, em que conste a lei invocada pela parte (SANTOS, 2004, p. 352).

“Em regra, a pesquisa e determinação do Direito estrangeiro é facultada ao juiz, que poderá, a seu critério, usar dessa faculdade ou lançar aquela responsabilidade aos ombros das partes” (CINTRA *apud* GIANNICO, 2005, p. 87).

No que tange à vigência da lei, a prova é mais difícil ainda, posto que se trata de lei estadual ou municipal, o melhor meio consistirá em levar ao magistrado alguns pareceres de juristas. No atinente ao direito estrangeiro, a vigência poderá ser demonstrada também por obras de escritores consagrados, desde que recentes, bem como por meio da jurisprudência dos tribunais aplicando-a a casos concretos.

Não obstante, apesar da exigência de prova da vigência do direito invocado, consoante dispõe o artigo 337 do Código de Processo Civil, entendemos que não há como se obter tal prova, porque nenhum funcionário do Estado ou do Município pode atestar ou certificar que determinada norma se encontra em vigor, porquanto se depende, por inúmeras vezes, de trabalho interpretativo que só caberia ao magistrado definir.

No máximo, poderia ser expedida certidão atestando que a lei não foi revogada expressamente. Aliás, impende observar que se considerado o fato de a lei ser aprovada para, em princípio, vigorar sem tempo determinado, uma vez não havendo revogação expressa, presumir-se-á sua vigência; cabendo ao juiz inverter o ônus da prova, a fim de que a parte contrária possa ilidir a presunção, que é *juris tantum*.

6. VALORAÇÃO DA PROVA

Conforme visto até o presente momento, incumbe às partes litigantes enunciar os fatos, bem como produzir as provas das alegações que lançarem. Ao julgador, portanto, cabe atribuir-lhes os determinados valores que merecerem, com o intuito de poder, ao final, sentenciar o feito procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto.

Não se encerra, todavia, o ciclo probatório com a produção das provas em juízo, mas se completa tão somente a parte processual propriamente dita da instrução.

*“Com a produção das provas se aparelha o processo daquilo que permite ao espírito persuadir-se da verdade com referência à relação jurídica controvertida: está fornecida a prova no sentido de **elemento de prova**”* (SANTOS, 2004, p. 386).

Utilizando-se desses elementos de prova carreados aos autos, e mediante um trabalho intelectual do magistrado, brevemente haverá capacitação subjetiva para a prolação da sentença. A confrontação dos motivos convergentes e divergentes o levará àquela certeza apta a permitir a formação de seu conhecimento acerca dos fatos narrados na exordial e refutados na peça defensiva.

Embora o trabalho intelectual a ser desenvolvido pelo julgador seja extremamente solitário, este não poderá perder o foco a ponto de se desordenar quanto à avaliação probatória, sendo forçoso seguir um critério.

Para tanto, existem alguns sistemas capazes de auxiliar o pretor durante seu trabalho introspectivo, que lhe permitirão ordenar de forma criteriosa o sopeso nessa árdua tarefa de avaliar e valorar as provas até então produzidas:

a) Sistema das provas legais ou positivo;

b) Sistema da livre apreciação ou convicção íntima;

c) Sistema da persuasão racional ou convencimento racional.

6.1 Sistema das provas legais ou positivo

Segundo as lições de Moacyr Amaral Santos (2004), o sistema remonta às **ordálias**,⁸ também conhecidos por juízos de Deus, dos mais remotos tempos, até que no século X se generalizou o **duelo**, ou combate judiciário, a forma mais usada e apreciada das ordálias, quando então atingiu o seu ápice.

“Sob a influência do direito canônico, e dos estudos de direito romano, a partir do século XI, abolidas as ordálias, e, a contar do século XIV, condenado o duelo, restauraram-se os meios romanos de prova, documentos e testemunhas, especialmente estas. Mas a prova tinha valor prefixado em lei” (SANTOS, 2004, p. 388, v. 2).

Por conseguinte, segundo esse sistema da prova legal, cada prova tem o seu peso e o seu valor, ficando o magistrado adstrito de forma milimétrica àquelas provas colacionadas aos autos, cabendo-lhe tão somente o papel de computar ou somar o que lhe foi exposto, e não apreciar propriamente dito.

As provas tinham, então, valores prefixados em lei, cada qual possuindo um valor inalterável e constante, não sendo lícito ao juiz exercitar a sua convicção íntima acerca delas.

Por exemplo, ao tempo das Ordenações, afirmava-se que o depoimento de uma única testemunha valia como meia prova, e que o depoimento de duas testemunhas equivaleria à prova plena, de forma que o brocardo *testis unus, testis nullus* (uma só testemunha não tem valor) constitui exemplo de aplicação estrita deste critério.

⁸ Consistiam as ordálias em submeter as pessoas a uma prova, na esperança de que Deus não as deixasse viver, ou lhe impingiria uma mutilação ou ainda qualquer outro sinal evidente, caso não dissesse a verdade.

Com a utilização deste sistema, o juiz não pode ponderar as provas, indagar sobre seu legítimo e real merecimento, limitando-se a apreciá-la conforme a eficácia que lhe é legalmente atribuída, sendo-lhe excluído todo o poder de deliberação segundo a impressão que as provas lhes transmitiam.

Constata-se, assim, a razão pela qual Lessona, Gusmão, Cardoso (2001), Deda (2006), Lopes (2002), Santos (2004), dentre outros, chamam este sistema de **prova tarifada**, pois conforme pode ser observado, cada prova tem seu valor “tabelado”.

Mauro Cappelletti (1972, *apud* CARDOSO, 2001, p. 42) faz uma enorme crítica no sentido de que vários ordenamentos realizam restrições à prova testemunhal, impondo limitações de admissibilidade, atribuindo eficácia probatória vinculante em relação à confissão, com insistente e anacrônica persistência quanto à fixação de normas de valoração da prova testemunhal, a qual denomina prova oral-representativa.

Por fim, impende consignar que existem resquícios em nosso ordenamento jurídico acerca do sistema da prova legal, também chamado de sistema positivo, consentâneo com o que se verifica no Código de Processo Civil no que tange à prova legal como forma de limitação probatória, conforme pode ser observado nos artigos 302, 319, 334, inciso IV, 359, 373, 376, 406 e 434, todos do mencionado diploma legal.

6.2 Sistema da livre apreciação ou convicção íntima

Embora o sistema da prova legal tenha sido substituído pelo sistema do livre convencimento por volta do século XVIII, Moacyr Amaral Santos (2004, p. 388, v. 2) relata que este sistema é “*de origem romana e preferido pelos povos de cultura germânica*”.

O seu ressurgimento deve-se à influência liberalista exercida por Locke, segundo nos informa Giuseppe Chiovenda, citado por Luciane Cardoso (2001, p. 43).

Com isso, o que se observa é a ocorrência migratória de um extremo ao outro, pois enquanto o sistema anterior não permitia uma avaliação probatória com base no subjetivismo do julgador, este o permitia indefinidamente, constituindo-se num verdadeiro arbítrio judicial. A propósito, Michele Taruffo (1992) considera ambos os sistemas como formas irracionais de avaliação probatória, com o que somos obrigados a concordar.

O sistema da livre apreciação, também chamado de sistema da convicção íntima, é considerado diametralmente oposto ao sistema da prova legal ou positivo, justamente pelo fato do julgador ser soberanamente livre quanto ao descarte ou apreciação das provas.

Considerando-se que a verdade processual é aquela que se forma na consciência do magistrado, pode-se afirmar que ela é totalmente independente de qualquer regra formalmente positivada no ordenamento jurídico, quer relativa às espécies de prova, quer no tocante à sua avaliação propriamente dita.

Logo, a convicção íntima que se forma no âmago do juiz da causa não decorre das provas carreadas ao processo, ou melhor, não deriva tão somente delas, mas advém principalmente de seu conhecimento e de suas impressões pessoais.

Neste ínterim, o sistema da livre convicção consiste em dar total independência e força a essa característica do julgamento, fornecendo-lhe, inclusive, poderes para acolher ou rejeitar o requerimento para a produção probatória, bem como repelir todas ou parte das provas que já foram produzidas. Além disso, não está o julgador adstrito a expressar os motivos em que funda sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver, a julgar procedente ou improcedente a demanda.

O grande pecado desse sistema reside no fato de ofender dois princípios fundamentais da própria Justiça, quais sejam: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido – expressado pelo aforismo latino *ne inauditus condemnetur* –, e o do convencimento social, já que a prestação da tutela jurisdicional não passa de um serviço prestado pelo Estado a partir do momento em que chamou para si a responsabilidade de solucionar os conflitos sociais, restabelecendo a paz do grupo.

“Com efeito, se, independentemente das provas colhidas, o juiz forma convencimento decorrente do eu próprio testemunho, as partes ficam inibidas de contrariar e debater um tal testemunho, até porque nem mesmo teriam meios para conhecê-lo. Por essa forma, com o sacrifício de um dos fatores vitais à eficácia da prova – o contraditório entre as partes – aquela que fosse condenada terá justa razão para clamar contra a justiça que a condenou sem tê-la ouvido” (SANTOS, 2004, p. 389, v. 2).

Ora, é indubitável que a convicção não pode decorrer apenas de apreciações subjetivas do juiz, mas deve emanar da apreciação dos fatos e das provas.

Aliás, Nicola Framarino dei Malatesta (*apud* SANTOS, 2004, p. 389, v. 2) afirmava que:

“O convencimento não deve ser, por outros termos, fundados em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal, que os fatos e as provas submetidos ao seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que o produziram no juiz. Este requisito, que eu creio importantíssimo, é o que eu chamo de sociabilidade do convencimento”.

De fato o mestre supramencionado se encontra coberto de razão, posto que se o magistrado se convencer com base no seu próprio testemunho, diga-se *en passant*, desconhecido e alheio ao processo, passaria a inexistir essa condição natural da convicção, de modo que nem mesmo os desembargadores ou ministros de instâncias superiores seriam capazes de encontrar elementos suficientes para acatar uma convicção assim formada.

Por fim, interessante deixar salientado que o sistema da convicção íntima ou da livre apreciação pode ser encontrado, hodiernamente, nos julgamentos levados ao Egrégio Tribunal do Júri, haja vista que os 07 (sete) jurados que formam o conselho de sentença não estão obrigados a fundamentar suas razões de convencimento, decidindo a absolvição ou condenação apenas com base em sua íntima convicção, sequer importando qual o meio utilizado para alcançá-la.

6.3 Sistema da persuasão racional ou convencimento racional

Da fusão dos sistemas da prova legal e da convicção íntima surgiu este terceiro sistema, batizado de persuasão racional,⁹ vez que mantém a liberdade apreciativa do julgador, vinculando, porém, o seu convencimento subjetivo ao material de prova produzido e trazido aos autos.

Aliás, o professor Ovídio Baptista da Silva (1991) nos ensina que o sistema da persuasão racional se trata efetivamente de um sistema misto, que aproveita elementos de valoração da prova dos dois outros sistemas, concedendo-lhe, ainda, certos poderes instrutórios.

Como diz Moacyr Amaral Santos (2004, p. 390, v. 2), *in verbis*:

“A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais. Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência”.

Portanto, cabe ao juiz, na formação de sua convicção, ater-se às provas colacionadas aos autos do processo, não se lhe permitindo valer-se de elementos probatórios extraprocessuais, congruente o princípio *id quod non est in actis non est in mundus*, ou seja, o que não está nos autos não se encontra no mundo jurídico.

⁹ Adveio com os códigos napoleônicos, conquanto Lessona entenda que tenha teria sido conhecido dos romanos, como reação ao critério da livre convicção.

Consagrou-se neste momento o princípio da verdade formal, pelo qual o juiz não deverá decidir segundo a verdade natural (verdade real), mas em conformidade com a verdade trazida e exposta nos autos do processo.

Como se pode averiguar, primeiramente a própria lei fornece a liberdade de apreciação das provas, ou em outras palavras, as provas não possuem valor previamente determinado ou peso legal, sendo atribuição do magistrado apreciá-las e valorá-las contextualmente com as demais, podendo lhes atribuir maior ou menor peso segundo o seu entendimento não preordenado.

Fica ainda o pretor condicionado às regras legais e às máximas da experiência. Assim, por exemplo, se o fato é de natureza a ser provado unicamente por instrumento público, não poderá ele se convencer de sua existência por meio de prova testemunhal.

Como já dito, pautar-se-á também o julgador nas regras da experiência, assim consideradas na lição de Goldschmidt (*apud* SANTOS, 2004, p. 391, v. 2) como sendo aqueles *“juízos empíricos da vida, do comércio, da indústria, da arte, que servem como proposição maior na apreciação dos fatos, seja para comprová-los, seja para caracterizar sua submissão à norma jurídica”*.

Outrossim, exatamente em função do condicionamento da convicção do julgador, é lhe imposto o dever de fundamentar suas decisões, a fim de que se possa aferir o desenvolvimento do seu raciocínio, bem como as razões que serviram de fundamento ao seu convencimento, sepultando desta maneira os inúmeros arbítrios que se cometeram no passado próximo.

Dizia Enrico Túlio Liebman (*apud* CHIOVENDA, 1965, p. 92) que *“o princípio da prova livre significa liberdade de apreciação da prova existente nos autos, com o auxílio dos critérios da lógica, assim como da razão e da experiência, como procederia qualquer pessoa de mente sã e equilibrada”*.

Em suma, arremata Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1996, p. 252) que, no sistema da livre apreciação das provas, o juiz tem o dever de justificar *“porque desprezou umas e acolheu outras, porque não atribuiu valor que fora de esperar-se, a alguma, ou algumas, e porque chegou às conclusões que expende”*.

Conclui-se, então, que este sistema procura se manter equidistante dos dois outros na exata medida em que, de um lado, recusa a “tarifação” relativa à valoração das provas, e de outro, repele o arbítrio do magistrado.

6.4 Sistema brasileiro

O sistema adotado pelo Código de Processo Civil pode ser observado no artigo 131, que reza, *in verbis*:

“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Ao iniciarmos a leitura do dispositivo supramencionado podemos ser levados a acreditar que o Brasil adotou o sistema da livre apreciação ou convicção íntima, todavia, não é exatamente assim que ocorre.

De fato, os magistrados brasileiros são livres para apreciar os elementos de prova, no sentido de que se devem pesar as provas colhidas, apreciá-las, e submetê-las aos seus rigorosos e apurados raciocínios, até que consigam formar plenamente a sua convicção.

“É livre porque, como investigador da verdade, não está sujeito de forma absoluta a seguir regras que atribuam valor qualitativo aos meios da prova, mas, ao contrário, tem a faculdade de atribuir-lhes a eficácia que resultar da influência que exercem em sua consciência” (SANTOS, 2004, p. 391, v. 2).

Todavia, é imprescindível deixar muito bem claro que a liberdade do juiz relativa à formação da convicção não alcança o arbítrio, visto que é necessário exercê-la de forma a respeitar as condições legalmente impostas, consoante se observa do próprio artigo 131 do Estatuto Processual Civil, segunda parte, *in fine*.

Isto quer dizer, então, que o juiz possui plena liberdade para formar o seu convencimento. Contudo, essa liberdade é condicionada, regrada, permanecendo mitigada diante do próprio texto legal, na medida em que se exige que a sua convicção seja formada ante os fatos e circunstâncias constantes dos autos, sendo-lhe vedado, por consequência, utilizar-se de fatos e circunstâncias alheias, exógenas, que não tenham sido vinculadas ao processo.

Ressalta-se, ainda, que basta tão somente que estejam os fatos e/ou circunstâncias encartados lícitamente nos autos do processo para que o julgador possa livremente valer-se dos mesmos para a formação do seu livre convencimento, muito embora possam nem ter sido alegados por quaisquer das partes litigantes, seja porque quiseram ocultá-los, ou porque preferiram deixar passarem despercebidos.

Por outro lado, os excelsos pretores não poderão dispensar as regras legais atinentes à forma e à prova dos atos jurídicos, residindo aqui outra limitação à ampla liberdade na formação da convicção pessoal, sob pena do ato por provar-se não ser considerado provado.

Sempre que a lei determinar forma especial para a prova de certos atos jurídicos, não poderá nem mesmo o julgador admiti-la por outro meio não previsto em lei, senão aquele que se revestir daquela forma. Isto é o que disciplina, por exemplo, o artigo 366 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

“Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

Não se poderá olvidar, portanto, das regras relacionadas à prova dos atos jurídicos, tais como as proposições que se encontram nos artigos 216, 17,

218, 221, 224, 227, 228, IV e V, todos do Código Civil, dentre outras – antigos artigos 137 a 143 do Código Civil de 1916 –, bem como as dos artigos 343, § 2º, 350, 351, 364 e seguintes, 401 e outras do Código de Processo Civil.

Terão que ser observadas, também, as disposições referentes às regras formais estabelecidas nos artigos 108, 109, 219, 220, 221 e outros do atual Código Civil, longevos artigos 130 a 134 do Código Civil de 1916.

Incluem-se, igualmente, neste rol as regras pertinentes às provas consistentes em presunções legais – artigo 334, n.º IV, do Estatuto Processual Civil pátrio –, por serem verdadeira norma legal.

Na formação de sua convicção o magistrado indubitavelmente necessitará guiar-se e até mesmo trilhar as regras de experiência, prevista no artigo 335 do *codex* acima referido, ou seja, não lhe será lícito se distanciar dos conhecimentos científicos ou artísticos próprios dos seres humanos, que por sua vez constituem a própria cultura dos pretores.

Finalmente, a mais importante das regras a serem observadas pelos membros do Poder Judiciário está encartada ao final do artigo 131 do Código de Processo Civil: “...mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Com isto, restam aos juízes a obrigatoriedade de motivar todas as convicções que extraírem das provas analisadas, dizendo, pois, quais os fatos e circunstâncias que influíram na decisão da lide, bem como utilizadas para sua decisão.

Conforme salienta Vicente Greco Filho (1992, p. 233, v. 2), “a fundamentação revela a argumentação seguida pelo juiz, servindo de compreensão do dispositivo e também de instrumento para a aferição da persuasão racional e a lógica da decisão”.

Aliás, consoante dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, todas as decisões provenientes do Poder Judiciário serão impreterível e devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade¹⁰, até porque nos termos do artigo 458, inciso II, a fundamentação é requisito essencial da sentença.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também não diverge a esse respeito, vejamos:

"Decisão fundamentada: o que a Constituição exige é que o juiz ou tribunal dê as razões do seu convencimento, não estando ele obrigado a responder a todas as alegações dos réus, mas tão-somente àquelas que julgar necessárias para fundamentar sua decisão".¹¹

"O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional".¹²

"Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o decisum não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior".¹³

Igualmente, apontar os fundamentos que conduziram o juiz a decidir desta ou daquela maneira não constitui privilégio exclusivo da sentença, mas se aplica a todo e qualquer ato decisório, de acordo com o que resta consignado no artigo 165 do Estatuto Processual Pátrio.¹⁴

¹⁰ Conforme a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 45, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal prescreve que *"todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"*

¹¹ STF, [HC 82.476](#), Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 29/08/03.

¹² STF, [AI 402.819-AgR](#), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/09/03.

¹³ STF, [AI 351.384-AgR](#), Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22/03/02.

¹⁴ **Art. 165.** As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso".

Por todo o exposto, agora se pode afirmar de forma convicta que o sistema adotado pelo Brasil não é o sistema do livre convencimento ou da convicção íntima, mas sim o da persuasão racional, também conhecido por convencimento racional, representando assim verdadeira garantia de cidadania.

A propósito, tal sistema se aproxima da noção moderna de Processo em sua concepção publicista, matizado pelas normas protecionistas de natureza constitucional.

6.5 Hierarquia das provas

Embora corriqueiramente se afirme que todas as provas têm valor relativo, pugnando-se pela inexistência de hierarquia entre elas, o que parece encontrar supedâneo no artigo 131 do Código de Processo Civil que consagrou o princípio da persuasão racional do juiz, é importante observar por outro lado que o magistrado não possui amplos e irrestritos poderes, não usufrui de liberdade extremada para a livre apreciação da prova.

Restando claro que não se conferiu ao julgador total liberdade, ou seja, de que o mesmo não pode se valer exclusivamente de suas impressões pessoais e critérios eminentemente subjetivos no tocante à admissibilidade e apreciação probatória, a idéia de hierarquia entre as provas não é de todo estranho, muito pelo contrário, vez que se compatibiliza integralmente com a idéia do sistema adotado no país.

A experiência nos auxilia a declarar abertamente que o legislador brasileiro não demonstra muito apreço em relação à prova testemunhal, tanto é que muito se diz nos meios jurídicos que *“a testemunha é a prostituta das provas”*. Outrossim, alerta Eugenio Pincherli (*apud* LOPES, 2002 p. 56) que *“as testemunhas são muitas vezes olhos que não vêem e ouvidos que não escutam”*.

Decorrentes de tantas críticas, a prova testemunhal restou menosprezada pelo direito pátrio diante das restrições que lhe foram impostas pelos artigos 400 e 401 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 400. *A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:*
I – já provados por documentos ou confissão da parte;
II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.”

“Art. 401. *A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”*

Com estas limitações não se pode afirmar que a prova testemunhal exerce igual influência ou tem o mesmo peso da prova documental, da confissão ou da perícia, haja vista que o próprio ordenamento jurídico lhe impõe restrições, a demonstrar desde logo certa desconfiança.

É de se destacar, todavia, que a jurisprudência vem abrandando o rigor desses preceitos ao admitir a prova exclusivamente testemunhal nos contratos de prestação de serviços, de empreitada, dentre outros, independentemente dos valores que estão em causa.¹⁵

Cumprido deixar consignado que o artigo 401 do Estatuto Processual Civil só se refere à prova dos contratos, de modo que não se exclui a possibilidade de provar fatos ou circunstâncias com eles relacionados.

Nesse sentido inclusive já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *“a prova testemunhal é admissível quando se cuida de provar não a existência do contrato, mas uma peculiaridade deste”*.¹⁶

¹⁵ A prova da prestação de serviços pode ser feita exclusivamente por testemunhas, qualquer que seja o seu valor (RT 715/179). Há, também, tolerância da jurisprudência no que respeita à corretagem (RT 714/134, RJTJESP 101/67 e 128/198). Igual entendimento se justifica quanto à empreitada, à compra e venda de gado e de madeira, etc., certo que tais negócios costumam realizar-se informalmente, em especial nas cidades do interior.

¹⁶ REsp 41.744.9, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.05.1994.

Outra comprovação da existência de hierarquia probatória também pode ser encontrada no artigo 366 do *codex* supramencionado, ao dispor *ipsis litteris* que:

“Art. 366. *Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”*

Entretanto, é certo que essas normas legais devem ser consideradas verdadeiras exceções ao princípio geral de que as provas têm valor relativo no sistema da persuasão racional.

Ocorre que a prova testemunhal, por exemplo, sofredora de tantas restrições, conforme já se observou acima, pode por inúmeras vezes ser decisiva, quiçá imprescindível na formação da convicção do membro do Poder Judiciário que estiver decidindo o caso *in judicium deducta*, sendo certo que em algumas hipóteses poderá até mesmo consubstanciar-se na única prova produzida ou pretendida que se produza.

Indiscutivelmente o magistrado terá que ser extremamente cauteloso nesses casos, necessitando atentar-se especialmente para a idoneidade da testemunha e seu eventual interesse em ajudar a parte litigante no processo.

O que não se pode admitir é o que a jurisprudência vem proclamando reiteradamente, ou seja, afastar a admissibilidade da prova testemunhal em inúmeros casos, como por exemplo, nas ações acidentárias trabalhistas, onde a prova pericial é indispensável para apuração da incapacidade laboral e seu grau, porém é possível comprovar através de testemunhas a ocorrência ou agressividade do trabalho executado pelo obreiro.

O mesmo se diz atinente à admissibilidade da prova testemunhal nos processos de investigação de paternidade, os quais frequentemente se resolvem por meio da perícia, consistente no exame de DNA – isto pois é muito difundida a opinião de que somente essa prova seria apta a formar o convencimento do excelso magistrado.

Entrementes, como excelentemente observa Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida (*apud* LOPES, 2002, p. 58), o exame do DNA não é a única prova admissível, nem é obrigatório, “*podendo concluir-se pela existência ou inexistência do vínculo de filiação com fundamento em outros exames e provas*”.

Semelhante também foi a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*“Antes de determinar a realização da prova pericial do DNA, deve o Juiz de Direito promover a coleta de outras provas que permitam a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la às expensas do Estado, que proverá os meios necessários”.*¹⁷

Finalizando, impende registrar que a reforma do Código de Processo Civil, promovida pela Lei n.º 8.455, de 24 de agosto de 1992, alterou a redação original do artigo 421, § 2º, do citado *codex*, *ipsis litteris*:

“§ 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.”

A mesma *lex* supramencionada alterou também o artigo 427 do Estatuto Processual Civil, conferindo-lhe a seguinte redação:

“Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

A importância dessas alterações residem justamente no fato de promover uma simplificação da prova pericial, gerando facilidades às partes em contrapartida do dispendioso custo para a realização de uma perícia, a qual se mostra incompatível para os atuais padrões financeiros da população em geral.

Diante disto, extrai-se que, embora, não exista um critério hierárquico rígido entre as provas, como ocorria no sistema da prova legal, a

¹⁷ REsp 117.396, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 12.05.1998, DOU 31.05.1999, p. 151.

hierarquia encontra-se presente no sistema brasileiro. Todavia, é relativa porquanto varia conforme a natureza do processo e procedimento adotado pelas partes litigantes. Tanto isso é verdade que, não obstante ser a prova testemunhal a mais comum e corriqueiramente utilizada, é fato que o sistema a deprecia, fornecendo, portanto, essa idéia de escalonamento.

7. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A problemática referente à maneira pela qual os fatos relevantes serão introduzidos no processo diz respeito à relação entre direito material e processual. Assim, o presente capítulo visa ao estudo da prova dos fatos relevantes no processo, ou mais especificamente, à iniciativa probatória no processo.

Existem duas tendências naturais:

A iniciativa probatória pertence, com exclusividade, às partes litigantes no processo, ou seja, pertence-lhes o ônus de provar os fatos;

Cabe também ao juiz da causa a iniciativa probatória, haja vista que o seu objetivo é alcançar a verdade objetiva, sem as limitações impostas pelos litigantes.

7.1 A instrumentalidade do processo

Inicialmente é importante nos atentarmos que os princípios utilizados no direito substancial não devem repercutir no processo, todavia, ao contrário do que possa parecer, isto não atinge a natureza instrumental que lhe inerente, mas apenas proporciona a instrumentalidade do processo em função do Estado e de seus objetivos, e não em função das partes e de seus interesses.

É consabido que as leis são criadas para a sociedade almejando o bem comum, de modo que a sua obediência interessa ao próprio Estado, dado que a pacificação da sociedade depende da correta atuação das normas jurídicas imprescindíveis à convivência do grupo, sendo esta a finalidade precípua da jurisdição.

“Aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social” (BEDAQUE, 1991, p. 11).

Nesse aspecto, se o Estado criou a ordem jurídica e assumiu para si a responsabilidade de dirimir os conflitos sociais, é porque tem interesse em ver o correto cumprimento das leis por ele formuladas, sendo o processo justamente o meio pelo qual o ente estatal torna realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas no ordenamento jurídico editado.

Por decorrência lógica, se a instrumentalidade processual visa garantir os interesses do próprio Estado, começa a se desenhar, então, a impossibilidade da aceitação daquela antiga concepção da inércia judicial no que tange à investigação probatória, postura adotada especialmente quando o objeto da ação se refere a direitos disponíveis.

Isto porque se o objetivo da atividade jurisdicional é a real e efetiva manutenção do ordenamento jurídico, bem como a pacificação do grupo social, cabe ao magistrado empenhar todos os seus esforços para alcançá-lo, pois somente assim a jurisdição estará cumprindo sua função social, e como o resultado da atividade probatória é fator decisivo para a conclusão do Poder Judiciário, necessário que se assumam uma posição ativa na fase da produção dessas provas, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas também procurá-los quando julgar conveniente (BEDAQUE, 1991).

Nesse ínterim, para que isto seja possível, pode-se afirmar que o juiz deve renunciar à certeza e contentar-se com a probabilidade, já que no primeiro caso seriam inviabilizados os provimentos jurisdicionais (DINAMARCO, 1987), não podendo, portanto, o julgador transformar a verdade objetiva numa finalidade extremada do processo.

O que se faz necessário é o empreendimento de diligências para se obter o mais alto grau possível de probabilidade, até porque quanto maior a sua

participação na atividade instrutória, mais perto estará da certeza; razão pela qual, inclusive, não se pode admitir a vontade das partes como fator limitador da atividade instrutória do juiz.

Mas essas conclusões esbarrariam no fenômeno da preclusão? Seria possível ao magistrado a oitiva de testemunhas que não foram oportunamente arroladas pelas partes? Haveria incidência desse fenômeno processual sobre o juiz quando às partes não mais competir a produção daquela prova que está sendo providenciada *ex officio*?

Desde logo se pode perceber a necessidade de compatibilização entre o fenômeno da preclusão e a atividade instrutória do juiz.

Desta feita, em havendo a preclusão temporal, deve o magistrado valer-se de todos os elementos trazidos no bojo do processo para a formação de sua convicção. Contudo, uma vez constatada a insuficiência desses elementos, poderá sim determinar a produção probatória.

Conclui-se, desta maneira, que a preclusão é apta a impedir a exigência da parte quanto à produção probatória por ela desejada; entretanto, não afasta o poder do membro do judiciário para determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, contribuirão para a justiça do provimento a ser por ele proferido (BEDAQUE, 1991).

7.1.1 Fundamentos dos poderes instrutórios

É inconcebível imaginar a ciência processual sem uma de suas quatro vigas mestras, que constituem os institutos fundamentais do direito processual: jurisdição, ação, defesa e processo.

Assim, neste ponto, busca-se não só a explicação, mas a

legitimidade da concessão de poderes instrutórios ao juiz, tendo em vista a moderna concepção publicista desses pilares básicos da ciência processual.

7.1.2 Jurisdição

É conhecido o velho conceito de que a jurisdição nada mais é do que o poder que o Estado tem de *dizer o direito*, ou seja, de aplicar ou dar efetividade ao ordenamento jurídico, utilizando-se, se necessário for, de seu *jus imperii* para fazer impor a sua vontade perante as pessoas. É o entendimento que prevalece, segundo a corrente objetiva.

O direito tem por finalidade reger a mútua convivência entre as pessoas, bem como compor eventuais conflitos de interesses por ventura existentes entre elas; todavia, não se pode descartar o fato de que a mera edição de normas jurídicas nem sempre se mostra suficiente, dando, então, azo à atividade jurídica estatal denominada jurisdição, a fim de que se faça garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico.

Por outro lado, não se vislumbra qualquer incoerência entre esse escopo da atividade jurisdicional e o princípio da inércia da jurisdição, embora existam algumas exceções nas quais o juiz pode iniciar o processo *ex officio*.

Dessarte, a opção de levar a lide ao conhecimento do Estado-juiz é especificamente do titular do direito subjetivo, que goza de plena liberdade para sopesar os prós e contras da atividade jurisdicional, haja vista que a intromissão estatal pode acarretar conseqüências indesejadas aos interessados.

Pode-se distinguir o direito privado do direito público na medida em que se observa a permissibilidade estatal diante da violação do direito. Explica-se: se o Estado permite a permanência da violação do interesse diante da inércia do seu titular, tratar-se-á de direito privado, no entanto, uma vez que não admita essa

violação de forma passiva, atribuindo aos seus órgãos o dever de providenciar a atuação do direito, dever-se-á considerá-lo público.

“A tradicional diferença entre direito público e privado, baseada na natureza do interesse protegido, não esclarece suficientemente o problema, pois, mesmo as normas consideradas públicas objetivam regular a conduta dos cidadãos, resolvendo-se, assim, na proteção de interesses individuais. Por outro lado, as regras consideradas de direito privado são colocadas em vigor por razões de interesse público, tanto que são protegidas pelo Estado. Não é, pois, a natureza individual ou coletiva do interesse protegido que caracteriza o direito como público ou privado” (BEDAQUE, 1991, p. 21).

Entrementes, se o escopo da atividade jurisdicional é manter o ordenamento jurídico vigente, aspirando ao bem comum do grupo social, impende ao juiz desempenhar todas as funções para o alcance desse objetivo e, como dito anteriormente, se a atividade probatória influi diretamente na decisão do Poder Judiciário, nada mais justo do que lhe ser facultada a possibilidade de assumir posição ativa quando da produção probatória, almejando a mais justa composição do litígio versado.

7.1.3 Ação

Conforme indagou Calamandrei (*apud* BEDAQUE, 1991, p. 22), deve-se conceber o processo como um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo-lhe um meio para defesa de seus interesses; ou um serviço que o cidadão presta ao Estado, proporcionando-lhe oportunidade para a atuação do direito objetivo?.

A análise com enfoque privatista do direito processual observa a ação sob o ângulo do sujeito que provoca a atividade jurisdicional a ser prestada pelo Estado, visando à satisfação de suas pretensões – este seria o ponto de vista da parte.

Todavia, o que se verifica hodiernamente é que tal conceituação não se mostra condizente com as novas teorias, ponderando que o direito de ação

transcende a mera proteção de interesses privados, desejando também a atuação de uma função estatal cujo objetivo principal é o de fazer cumprir o direito objetivo material.

Em que pese a existência desses dois pontos de vista acerca do direito de ação, não se pode aceitar que o caráter privatista prevaleça sobre a natureza publicista do ramo processual do direito, sob pena de se privatizar a própria ciência processual.

Por conseqüência lógica, há de prevalecer, então, o entendimento publicista do direito de ação, a uma por ser mais adequado, e a duas porque realça a autonomia e a instrumentalidade do processo.

Seguindo-se por esse raciocínio e considerando-se a existência de inúmeras teorias que procuram explicar a natureza do direito de ação, convém adotar a que mais se aproxima desse caráter publicista do direito processual, qual seja, a teoria de Liebman.

Segundo Enrico Túlio Liebman (*apud* BEDAQUE, 1991, p. 33), somente se pode falar em ação quando o processo terminar com um provimento jurisdicional sobre o caso concreto, independentemente de quem esteja se beneficiando dele.

A superioridade da teoria do grande mestre italiano consistiu no fato de conseguir explicar com precisão acurada a verdadeira natureza do direito de ação, ou seja, o caráter instrumental. No entanto, sem se olvidar da autonomia da ação perante o direito substantivo.

A imprecisão da teoria abstrata reside na ausência de um elemento essencial ao instituto da ação, justamente o que Liebman denominou de instrumentalidade, fadando-se a explicar um único aspecto do direito de ação ao

dizer que se trata do poder de recorrer aos órgãos jurisdicionais visando à satisfação de uma pretensão resistida.¹⁸

É imperioso observar que a possibilidade do direito de ação estar vinculado ao direito de obter uma resposta qualquer, ainda que sem nenhuma ligação com um caso concreto, é o mesmo que afirmar a irrelevância da ação para o cumprimento da finalidade precípua da jurisdição de dar cumprimento às regras existentes no ordenamento jurídico, gerando-lhes eficácia de ordem prática.

De fato, atesta-se o caráter privatista na noção abstrata da ação, pois considera o instituto apenas do ponto de vista de seu titular, mas se o procedimento terminar sem que o Poder Judiciário profira um provimento sobre o caso concreto, não houve qualquer contribuição para a manutenção do ordenamento jurídico.

Haverá sim a provocação do órgão jurisdicional a despeito desse direito de acesso à justiça não ser processual, mas de natureza material, porquanto concedido a todos os indivíduos como sendo a faculdade de provocar a jurisdição sem exigência de qualquer liame com o resultado da atividade jurisdicional desencadeada.

Portanto, a ação em seu sentido estrito como instituto fundamental do direito processual somente pode ser considerada se, e somente se, mediante o seu exercício se atingir o objetivo específico da jurisdição, ou seja, a aplicação do direito material ao caso concreto.¹⁹

¹⁸ No Brasil a teoria abstrata é defendida por Calmon de Passos, Frederico Marques, dentre outros, para os quais o direito de ação nem é direito a uma sentença favorável, nem é direito a uma sentença de mérito; é direito puro e simples a uma mera decisão.

¹⁹ Como excelentemente ressalta Liebman, a ação como é concebida pelos abstratistas puros, não tem relevância no sistema processual; pode ser considerada a base o pressuposto constitucional *'la strada sempre aperta sulla quale il cittadino può di volta avviare le sue singole azioni, nei diversi casi concreti in cui intende rivolgersi all'autorità giudiziaria per la protezione di un suo interesse lesa o minacciato'* ("L'azione nella teoria del processo civile", in *Problemi*, p. 41). Assiste razão, portanto, a Calamandrei, que afirma ser a ação, sob certo aspecto, um serviço que o cidadão presta ao Estado, proporcionando-lhe ocasião para atuação do direito objetivo (Confira *"Instituzioni"*, p. 112), *apud* BEDAQUE, 1991, p. 34.

Na visão publicista a ação é instituto que integra o direito processual e deve ser considerada como *“o direito de retirar o juiz de sua inércia e fazer com que ele restaure o ordenamento jurídico. E isto somente ocorre se o provimento incidir sobre o caso concreto”* (BEDAQUE, 1991, p. 35).

Dessa feita, para os que vêem no processo um instrumento da jurisdição, cujo escopo principal é a manutenção do ordenamento jurídico, a ação deve ser concebida como o poder de movimentar essa função, com o intuito de que ela alcance a sua finalidade, o que pode ocorrer unicamente quando o provimento concede uma solução para a relação de direito substancial apresentada ao juiz.

Tanto não é verdade o conceito privatista do direito de ação – que sob o prisma de ser o instituto por meio do qual autor e réu fazem exercer o seu direito material, em outras palavras, de ser mero instrumento das partes – que ao término do processo haverá a incidência do fenômeno da coisa julgada, fazendo nascer uma outra norma jurídica concreta que deve ser respeitada pelos litigantes, sob pena de utilização do poder de império do Estado. Isto sobrevém precisamente porque o Estado é que atingiu a sua finalidade e não as partes, dado que, via de regra, uma delas não sairia satisfeita com o provimento prolatado.

7.1.4 Defesa

À exceção dos procedimentos conhecidos como sendo de jurisdição voluntária, na medida em que o Estado é retirado do seu estado de inércia mediante a utilização do direito de ação, necessariamente a sua atuação irá refletir na esfera jurídica de outrem.

Manifesta-se que aquele que instou o andamento da função jurisdicional já fruiu o tempo de oferecer suas razões, explicando ao Estado o porquê de retirá-lo daquela passividade, sendo, então, imprescindível o oferecimento de igual oportunidade de manifestação.

Logo, ao lado do direito de ação encontra-se o direito de defesa, uma espécie de ricochete do princípio constitucional da isonomia.

Da mesma forma que o direito de ação, o direito de defesa também há de ser encarado com visão publicista, e não privatista, significando desde já que não poderá ser concebido meramente como interesse da parte.

Se o direito de ação representa o meio pelo qual a jurisdição pode atingir a sua finalidade, a plenitude do exercício do direito de defesa visa simplesmente proporcionar ao julgador uma visão abrangente dos fatos tratados na demanda, fator que garantirá uma sentença justa, uma vez que proporciona a análise dos dois lados de uma mesma moeda.

Não se pode negar, assim, que a correta atuação da norma jurídica depende da efetividade do direito de defesa, exigindo que a parte tenha reais oportunidades de se opor ao pedido formulado pelo autor.

“A efetiva participação das partes no processo legitima o provimento nele proferido” (DINAMARCO *apud* BEDAQUE, 1991, p. 44).

A garantia da ampla defesa é tão importante para o processo quanto para o exercício da ação, resultando daí a dialética processual. Aliás, a doutrina vem afirmando que a defesa nada mais é do que um aspecto da própria ação.

A preocupação de garantir o pleno exercício do direito de defesa, de exercitar a ampla defesa no processo, tem como substrato o objetivo principal do instituto da jurisdição, visto que o correto funcionamento do contraditório contribui para a que jurisdição possa atingir o seu objetivo, razão pela qual deve o magistrado zelar para que o direito de defesa, em todos os seus aspectos, não sofra qualquer restrição.

7.1.5 Processo

Os atos processuais são frutos oriundos da colaboração de várias pessoas, cujas atividades se sucedem alternadamente, nascendo cada ato um em decorrência ao outro.

Há que se saber, entretanto, não o conceito de processo, mas o objetivo a ser alcançado por ele.

“Se a jurisdição é a atividade estatal destinada à atuação da lei; se a ação é o poder de estimular essa atividade e fazer com que ela atinja seu objetivo; se a defesa é pressuposto da legitimidade do provimento e imprescindível à correta imposição da norma ao caso concreto, o processo, palco em que essas três atividades se desenvolvem, deve ser considerado o meio através do qual se visa a um provimento justo, ou seja, que represente a correta formulação e imposição da regra concreta” (TORNAGHI apud BEDAQUE, 1991, p. 49).

O processo tem exatamente o mesmo objetivo da jurisdição, haja vista que o primeiro se constitui no meio de atuação da segunda. Tratando-se de um instrumento da própria jurisdição, deve-se entendê-lo como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico.

Uma vez mais, não se pode vislumbrar o processo no seu sentido privatista, em outras palavras, não mais se mostra razoável o entendimento de que o objeto do processo é a defesa de interesses e direitos subjetivos. A finalidade é a atuação do direito objetivo, de modo que a defesa dos direitos subjetivos é simplesmente uma consequência lógica.

7.2 Conclusão

Viu-se que o Estado tem interesse na manutenção do ordenamento jurídico e instituiu uma função específica que visa garantir essa proteção, consubstanciada na jurisdição.

Observou-se também que para a correta atuação da jurisdição as partes devem, obrigatoriamente, manifestar-se por meio do exercício do direito de ação e de defesa.

Dessa dialética empreendida pelas partes e inquestionavelmente conduzida e coordenada pelo Estado-juiz emerge o instrumento capaz de possibilitar a formulação da regra específica que incidirá no caso concreto.

Se toda a ação estatal almeja exclusivamente a atuação e a correta aplicação das normas jurídicas redigidas pelo Poder Legislativo, mesmo porque a infringência delas consistiria em atentado ao próprio poder estatal, não se pode deixar única e exclusivamente ao alvedrio das partes a possibilidade da produção probatória, posto que a busca do juiz na obtenção da verdade – quando esta ainda se demonstrar obscura – vem ao encontro das necessidades e objetivos do Estado no que tange à eficácia da aplicação das normas jurídicas.

Muito pelo contrário do que se possa imaginar, a delegação de poderes ao magistrado para, quando entender necessário, produzir provas *ex officio* atende melhor as necessidades para o desenvolvimento de sua própria função, qual seja, a de atuar a lei de forma correta.

Justificados estão os poderes instrutórios do juiz, pois quanto melhor representados os fatos no processo, maior a possibilidade de prolação de um provimento justo para os litigantes ao final; viabilizando, destarte, a verdadeira paz social do grupo, vez que a pessoa que se depara com um provimento injusto passa a não crer mais na função jurisdicional do Estado.

A idéia de que o juiz beneficia uma das partes ao se imiscuir em meio à produção probatória é extremamente mesquinha, posto que ao agir dessa forma estará na verdade adicionando ao processo e colaborando com as partes ao proporcionar-lhes o real equilíbrio exigido pelos princípios constitucionais.

8. PROVA DOCUMENTAL

8.1 Conceito

Consoante a maestria de João Roberto Parizatto (2003), a prova documental é uma das mais importantes no processo, posto que não se altera depois de realizada e materializada por escrito. Fundada em documento redigido, no qual consta a existência de determinado fato, faz prova hábil em juízo, muitas vezes suficiente à realização de uma questão discutida. Não obstante a inexistência de hierarquia em matéria probatória, tem-se que a prova documental possui destaque no contexto probatório pela maneira como se apresenta.

Deveras, documento é, portanto, o que está escrito concernente a um ato ou fato; e uma prova escrita admissível em juízo tendente a se provar determinada alegação da parte (PARIZATTO, 2003).

Ou ainda, é prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em algo (MARQUES, 1962).

8.2 Documento público

O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença (Código de Processo Civil, artigo 384). Presume-se que tal documento seja a expressão da verdade pela forma como o mesmo fora elaborado. Tem-se como autêntico aquele que emanado de um escrivão, tabelião ou funcionário com poderes para tanto, certificando-se que o que nele vem escrito ocorreu pela vontade das partes manifestada em sua presença. Deve-se observar

que a fé do documento público poderá ser cessada mediante prova em contrário que lhe reconheça a falsidade (Código de Processo Civil, artigo 387), não sendo, pois, absoluta, mas sim *iuris tantum* (PARIZATTO, 2003).

Por sua vez, o artigo 365 do Código de Processo Civil disciplina, *in verbis*, que fazem a mesma prova que os originais:

*“I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;
II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;
III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais”.*

8.3 Documento particular

São os documentos formados por particulares, ou por quem age na qualidade de particular, como por exemplo uma carta missiva, um aviso de estabelecimento bancário dirigido ao devedor dando-lhe notícia do vencimento da dívida, um convite para casamento, a notícia veiculada pela imprensa sobre um acontecimento (SANTOS, 2004).

No tocante a sua autenticidade, dispõe o artigo 369 do Código de Processo Civil que se reputa autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença. Assim, como há a intervenção de oficial público nessa hipótese, a autenticidade do documento particular deve presumir-se até prova em contrário que leve o juiz a declará-la falsa.

Também há documento particular considerado autêntico quando dessa autenticidade não se duvida (artigo 373). E dúvida não surgirá quando a parte antagônica a quem foi produzido nada alegar no prazo estabelecido no artigo 390 contra a veracidade da assinatura e a veracidade de seu contexto (artigo 372). Se tais alegações não forem apresentadas na contestação ou dez dias após a juntada

do documento aos autos (artigo 390), presumir-se-á que ele foi tido como verdadeiro (artigo 372).²⁰

No tocante à data do documento, se controvérsia não surgir entre as partes, presume-se ser aquela nele mencionada. Mas surgindo dúvida ou impugnação, necessidade há de demonstrar que a data é verdadeira, o que será feito por todos os meios de direito (artigo 370 do Código de Processo Civil). Em relação a terceiro, no entanto, o documento particular será considerado datado:

*“I – no dia em que foi registrado;
II – desde a morte de algum dos signatários;
III – a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários;
IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; V – do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento”.*

8.4 Provas documentais exigidas pela previdência social nos processos de benefício previdenciário

Para cada espécie de benefício previdenciário o Instituto Nacional da Seguridade Social exige a apresentação de determinada documentação, visando o preenchimento dos requisitos legais para a sua concessão.

Apenas a título de exemplificação, para fins de cômputo de tempo de serviço, a previdência social deverá aceitar, dentre outros, conforme previsto no artigo 112 e seguintes da Instrução Normativa 118/05, os seguintes documentos, conforme descrição abaixo:

“Art. 112. Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição, entre outros, observado o disposto nos arts. 19 e 60 do RPS²¹:
I – o de serviço militar obrigatório, o voluntário e o alternativo, que serão certificados na forma da lei, por autoridade competente, desde que não tenham sido computados para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou para aposentadoria no serviço público, considerado:
a) obrigatório, é aquele prestado pelos incorporados em organizações da ativa das Forças Armadas ou matriculados em órgãos de formação de reserva;

²⁰ Todos os artigos mencionados são do Código de Processo Civil.

²¹ Alterada pela Instrução Normativa INSS/PRES n.º 02, de 17 de outubro de 2005 – D.O.U. de 18.10.2005.

b) *alternativo (também obrigatório)*, é aquele considerado como o exercício de atividade de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militares, prestado em organizações militares da ativa ou em órgãos de formação de reserva das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios entre tais ministérios e o Ministério da Defesa;

c) *voluntário*, é aquele prestado pelos incorporados voluntariamente e pelos militares, após o período inicial, em organizações da ativa das Forças Armadas ou matriculados em órgãos de formação de reserva ou, ainda, em academias ou escolas de formação militar.

II – o de exercício de mandato classista da Justiça do Trabalho e o magistrado da Justiça Eleitoral junto a órgão de deliberação coletiva, desde que, nessa qualidade, haja contribuição, nos termos do art. 127 desta IN:

a) para a Previdência Social, decorrente de vinculação ao RGPS antes da investidura no mandato;

b) para o RPPS, decorrente de vinculação a esse regime antes da investidura no mandato.

III – o de serviço público federal exercido anteriormente à opção pelo regime da CLT;

IV – o período de benefício por incapacidade percebido entre períodos de atividade, ou seja, entre o afastamento e a volta ao trabalho, no mesmo ou em outro emprego ou atividade, sendo que as contribuições recolhidas para manutenção da qualidade de segurado, como contribuinte em dobro, até outubro de 1991 ou como facultativo, a partir de novembro de 1991, devem suprir a volta ao trabalho para fins de caracterização de tempo intercalado, observado o disposto no art. 63 desta IN;

V – o de tempo de serviço prestado à Justiça dos Estados, às serventias extrajudiciais e às escrivanihas judiciais, desde que não tenha havido remuneração pelos cofres públicos e que a atividade não estivesse, à época, vinculada a Regime Próprio de Previdência, estando abrangidos:

a) os servidores de Justiça dos Estados, não remunerados pelos cofres públicos, que não estavam filiados a RPPS;

b) aquele contratado pelos titulares das Serventias de Justiça, sob o regime da CLT, para funções de natureza técnica ou especializada, ou ainda, qualquer pessoa que preste serviço sob a dependência dos titulares, mediante salário e sem qualquer relação de emprego com o Estado;

c) os servidores que, na data da vigência da Lei n.º 3.807, de 1960 – Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS, já estivessem filiados ao RGPS, por força da legislação anterior, tendo assegurado o direito de continuarem filiados à Previdência Social Urbana;

VI – o em que o servidor ou empregado de fundação, empresa pública, sociedade de economia mista e suas respectivas subsidiárias, filiado ao RGPS, tenha sido colocado à disposição da Presidência da República;

VII – o de atividade como ministro de confissão religiosa, membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, nas seguintes situações:

a) até 8 de outubro de 1979, se indenizado como segurado facultativo;

b) a partir de 9 de outubro de 1979, como segurado equiparado a autônomo, exceto os que já estavam filiados à Previdência Social ou a outro regime previdenciário;

c) a partir de 29 de outubro de 1999, como contribuinte individual, observado o disposto no inciso V do art. 5º desta IN.º

VIII – o de detentor de mandato eletivo federal, estadual, distrital ou municipal, desde que não vinculado a qualquer RPPS, por força da Lei n.º 9.506, de 31 de outubro de 1997, ainda que aposentado, sendo as contribuições previdenciárias exigíveis a partir das competências:

a) fevereiro de 1998, para o detentor de mandato eletivo estadual ou municipal;

b) fevereiro de 1999, para o detentor de mandato eletivo federal.

IX – as contribuições recolhidas em época própria como contribuinte em dobro ou facultativo:

a) pelo detentor de mandato eletivo estadual, municipal ou distrital até janeiro de 1998, observado o disposto no § 3º deste artigo;

b) pelo detentor de mandato eletivo federal até janeiro de 1999.

1 - na ausência de recolhimentos como contribuinte em dobro ou facultativo em épocas próprias para os períodos citados no inciso IX acima, as contribuições poderão ser efetuadas na forma de indenização, estabelecida no art. 122 do RPS;

X - o de atividade como pescador autônomo, inscrito na Previdência Social Urbana até 5 de dezembro de 1972 ou inscrito, por opção, a contar de 2 de setembro de 1985, com base na Lei n.º 7.356;

XI - o de atividade como garimpeiro autônomo, inscrito na Previdência Social Urbana até 11 de janeiro de 1975, bem como o período posterior a essa data em que o garimpeiro continuou a recolher nessa condição;

XII - o de atividade anterior à filiação obrigatória, desde que devidamente comprovada e indenizado na forma do art. 122 do RPS;

XIII - o de atividade do bolsista e o do estagiário que prestem serviços à empresa em desacordo com a Lei n.º 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

XIV - o de atividade do estagiário de advocacia ou o do solicitador, desde que inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, como tal e que comprovem recolhimento das contribuições como facultativo em época própria;

XV - o de atividade do médico-residente, nas seguintes condições:

a) anterior a 7 de julho de 1981, se indenizado na forma do art. 122 do RPS;

b) a partir de 7 de julho de 1981, na categoria de contribuinte individual, ex-autônomo, desde que haja contribuição.

XVI - o das contribuições vertidas, em época própria, na condição de segurado facultativo, por servidor público, no período de 24 de julho de 1991 a 5 de março de 1997, véspera da vigência do RBPS, aprovado pelo Decreto n.º 2.172/97.

§ 1º A contagem de tempo de serviço dos titulares de serviços notariais e de registros, ou seja, a dos tabeliães ou notários e oficiais de registros ou registradores sem regime próprio de Previdência, dependerá do recolhimento das contribuições ou indenizações nas seguintes condições:

I - até 24 de julho de 1991, como segurado empregador;

II - a partir de 25 de julho de 1991, como segurado autônomo, denominado contribuinte individual a partir de 29 de novembro de 1999.

§ 2º No caso dos escreventes e dos auxiliares contratados por titulares de serviços notariais e de registros, quando não sujeitos ao RPPS, o cômputo do tempo de serviço far-se-á, desde que comprovado o exercício da atividade, nessa condição.

§ 3º Na concessão ou revisão de aposentadoria por tempo de contribuição ou qualquer outro benefício do RGPS, sempre que for utilizado tempo de serviço/contribuição ou salário-de-contribuição decorrente de ação trabalhista transitada em julgado, o processo deverá ser encaminhado para análise da Chefia de Benefícios da APS, devendo ser observado se:²²

I - na contagem de tempo de serviço/contribuição, ainda que tenha havido recolhimento de contribuições:

a) foi apresentado início de prova material;

b) o INSS manifestou-se no processo judicial acerca do início de prova material, atendendo-se ao princípio do contraditório;

c) constatada a inexistência de documentos contemporâneos que possibilitem a comprovação dos fatos alegados, o período não deverá ser computado;

d) nas situações em que a documentação juntada ao processo judicial permita o reconhecimento do período pleiteado, caberá o cômputo desse período;

e) nos casos previstos na alínea "c" deste inciso, se constatado que o INSS manifestou-se no processo judicial acerca da prova material, a Chefia de Benefícios da APS deverá emitir um relatório fundamentado e enviar o processo para a Procuradoria local analisar, ficando pendente a decisão em relação ao cômputo do período;

²² Alterada pela Instrução Normativa INSS/PRES n.º 02, de 17 de outubro de 2005 - D.O.U. de 18.10.2005.

f) após a concessão do benefício, se não houve recolhimento de contribuições, o processo deverá ser encaminhado à Procuradoria local, para as providências a seu cargo.²³

II – no cômputo de salário-de-contribuição:

a) o processo deverá ser encaminhado para o Setor da Receita Previdenciária, para verificação e parecer sobre o referido recolhimento;

b) serão considerados os valores constantes da ação trabalhista transitada em julgado, desde que tenha havido o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, observado o limite máximo e mínimo de contribuição.

§ 4º Na concessão ou revisão dos benefícios em que houver apresentação de processo de ação judicial de reintegração, deverá ser observado:

I – apresentação da cópia do processo de reintegração, inclusive trânsito em julgado;

II – não será exigido início de prova material, considerando que existe anteriormente a prova de vinculação trabalhista;

III – a Chefia de Benefícios da APS deverá emitir relatório e encaminhar o processo para a Procuradoria analisar, ficando pendente a decisão com relação ao cômputo do período;

IV – após a concessão do benefício, o processo deverá ser encaminhado à Procuradoria local.²⁴

§ 5º Para fins do disposto no inciso VIII art. 60 do RPS, entende-se como certificado o tempo de serviço, quando a certidão tiver sido requerida:

I – até 15 de dezembro de 1962, se a admissão no novo emprego, após a exoneração do serviço público, for anterior a 15 de dezembro de 1960;

II – até dois anos a contar da admissão no novo emprego, se esta tiver ocorrido em data posterior a 15 de dezembro de 1960, não podendo o requerimento ultrapassar a data de 30 de setembro de 1975.”

“Art. 113. Os períodos de aprendizado profissional realizados na condição de menor aprendiz, somente poderão ser computados como tempo de contribuição para os segurados que implementaram todos os requisitos necessários à concessão de qualquer espécie de benefício até 5 de maio de 1999, dia anterior ao início da vigência do Decreto n.º 3.048/99, observando-se que podem ser contados, entre outros:

I – os períodos de freqüência às aulas dos aprendizes matriculados em escolas profissionais mantidas por empresas ferroviárias;

II – o tempo de aprendizado profissional realizado como aluno aprendiz, em escolas técnicas, com base no Decreto-Lei n.º 4.073, de 1942, Lei Orgânica do Ensino Industrial a saber:

a) período de freqüência em escolas técnicas ou industriais mantidas por empresas de iniciativa privada, desde que reconhecidas e dirigidas a seus empregados aprendizes, bem como o realizado com base no Decreto n.º 31.546, de 6 de fevereiro de 1952, em curso do Serviço Nacional da Indústria–SENAI, ou Serviço Nacional do Comércio–SENAC, ou instituições por eles reconhecidas, para formação profissional metódica de ofício ou ocupação do trabalhador menor;

b) período de freqüência em cursos de aprendizagem ministrados pelos empregadores a seus empregados, em escolas próprias para essa finalidade ou em qualquer estabelecimento de ensino industrial;

III - os períodos de freqüência em escolas industriais ou técnicas da rede federal de ensino, bem como em escolas equiparadas (colégio ou escola agrícola), desde que tenha havido retribuição pecuniária à conta do Orçamento da União, ainda que fornecida de maneira indireta ao aluno, certificados na forma da Lei n.º 6.226/75, alterada pela Lei n.º 6.864/80, e do Decreto n.º 85.850/81.

²³ Incluído pela Instrução Normativa INSS/PRES n.º 02, de 17 de outubro de 2005 – D.O.U. de 18.10.2005.

²⁴ Alterado pela Instrução Normativa INSS/PRES n.º 02, de 17 de outubro de 2005 – D.O.U. de 18.10.2005.

§ 1º Para os segurados que implementaram todos os requisitos necessários à concessão do benefício em data anterior ao Decreto n.º 611/92, aplica-se o entendimento constante do Parecer MPAS/CJ n.º 24/82.

§ 2º Para os segurados que implementaram todos os requisitos necessários à concessão do benefício no período de 22 de julho de 1992 a 5 de maio de 1999, vigência dos Decretos n.º 611/92 e Decreto n.º 2.172/97, utilizam-se para comprovação os critérios estabelecidos nesses Decretos, observando que:

a) o Decreto-Lei n.º 4.073/42, que vigeu no período compreendido entre 30 de janeiro de 1942 a 15 de fevereiro de 1959, reconhecia o aprendiz como empregado, bastando assim a comprovação do vínculo;

b) o tempo de aluno aprendiz desempenhado em qualquer época, ou seja, mesmo fora do período de vigência do Decreto-Lei n.º 4.073/42, somente poderá ser computado como tempo de contribuição, se comprovada a remuneração e o vínculo empregatício, conforme Parecer MPAS/CJ n.º 2.893/02.

§ 3º Para fins do parágrafo anterior, considerar-se-á como vínculo e remuneração a comprovação de frequência e os valores recebidos a título de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros, entre outros.”

Art. 114. Para os segurados que implementaram todos os requisitos necessários à concessão de qualquer espécie de benefício, até 5 de maio de 1999, dia anterior ao início da vigência do Decreto n.º 3.048/99, poderá ser computado como tempo de contribuição o tempo de serviço marítimo convertido na razão de 255 (duzentos e cinquenta e cinco) dias de embarque para 360 (trezentos e sessenta) dias de atividade comum, contados da data de embarque à de desembarque, em navios mercantes nacionais, observando-se que:

a) o tempo de serviço em terra será computado como tempo comum;

b) não se aplica a conversão para período de atividade exercida em navegação de travessia, assim entendida a realizada como ligação entre dois portos de margem de rios, lagos, baías, angras, lagoas e enseadas ou ligação entre ilhas e essas margens;

c) o termo navio aplica-se a toda construção náutica destinada à navegação de longo curso, de grande ou pequena cabotagem, apropriada ao transporte marítimo ou fluvial de carga ou passageiro.”

Art. 115. Para os segurados que implementaram todos os requisitos necessários à concessão do benefício em período posterior ao advento do Decreto n.º 3.048, de 1999, não se admite a contagem como tempo de serviço do período de aluno aprendiz nem conversão de tempo de serviço marítimo.”

Art. 116. A partir de 7 de maio de 1999, o anistiado que, em virtude de motivação exclusivamente política, foi atingido por atos de exceção, institucional ou complementar ou abrangido pelo Decreto Legislativo n.º 18, de 15 de dezembro de 1961, pelo Decreto-Lei n.º 864, de 12 de setembro de 1969 ou que, em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos, tenha sido demitido ou compelido ao afastamento de atividade remunerada no período de 18 de setembro de 1946 a 4 de outubro de 1988, terá direito aos benefícios do RGPS, sendo computado seu tempo de contribuição na forma estabelecida no inciso VII do art. 60 do RPS, ressalvado o disposto no § 5º do mesmo artigo.

Frisa-se novamente, que nem a Lei de benefícios, nem o Decreto e ainda menos a Instrução Normativa trazem em seu bojo todos os documentos que podem e devem ser aceitos como tempo de serviço, não havendo que se falar em rol taxativo, haja vista que muitas vezes nos deparamos com documentos que são absolutamente novos ou diferentes daqueles normalmente utilizados.

Entretanto, diante do exposto, o presente trabalho preferiu se aprofundar nas questões problemáticas acerca da prova documental no processo previdenciário, envolvendo a comprovação do tempo de serviço urbano e rural, considerando a complexidade ali existente.

Pois bem.

Como a seguir se verá, o legislador previdenciário teve um cuidado especial com o trabalhador rural no que se refere à comprovação do tempo do serviço rural exercido, em razão das conhecidas deficiências da presença da legislação trabalhista nesta seara. Todavia, com relação ao trabalhador urbano, este se presume mais amparado pela proteção laboral, de modo que seriam dispensáveis regras processuais específicas ou mais brandas a ele.

Contudo, a realidade forense revela o oposto, ao menos atinente às categorias profissionais de mais baixa qualificação, como as diaristas, faxineiras, pedreiros, costureiras, etc., onde reina a informalidade.

Desta forma, o que se almeja destacar é a importância não observada pelo legislador previdenciário ao princípio constitucional contido no artigo 194, parágrafo único, inciso II da Magna Carta, que prevê a *“uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais”*.

Ou seja, por que não abrandar os meios processuais para aqueles que dedicaram suas vidas à árdua tarefa de extrair da terra o alimento necessário ao sustento da nação? Há, portanto, um beneficiamento maior para o trabalhador urbano, no tocante à comprovação de sua atividade urbana exercida, eis que goza de maior proteção laboral.

Por outro lado, a preocupação com a comprovação do tempo de trabalho não se resume somente ao trabalhador rural. Outrossim o trabalhador urbano padece de problemas relativos à informalidade, como por exemplo, a perda de documentos em razão de empresas que fecham suas portas, etc.

Assim, com o espírito de resolver ou, ao menos, amenizar tal circunstância, promulgou-se a Lei n.º 10.403, de janeiro de 2002 que isenta os segurados de comprovar os períodos trabalhados a partir de julho de 1994, data em que foi implantado o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), a cargo do Instituto Nacional da Seguridade Social. Desta feita, o ônus da prova se inverte e a autarquia previdenciária é quem deve procurar em seus registros as informações quanto ao tempo de serviço desempenhado pelos segurados.

No entanto, o que o presente trabalho sugere, de fato, é a aplicação da solução *pro misero*²⁵; a qual, sem dúvidas, iria beneficiar tanto o trabalhador rural, quanto as categorias profissionais urbanas da mais baixa qualificação, circunstância pela qual iria se valer do princípio da uniformidade e equivalência previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal.

²⁵ O devido processo legal substancial deve ser inserido nessa discussão, como balizador, podendo perfeitamente legitimar casuisticamente a solução *pro misero* quando se afigure não razoável o sacrifício de um direito fundamental diante da existência de prova legítima, ainda que exclusivamente testemunhal, pois o art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91, não tem força suficiente para abolir uma garantia constitucional, mas o inverso é verdadeiro. De fato, tudo indica que não pode ser sopesada da mesma forma a situação concreta e individual de um segurado analfabeto que não tenha sequer registro civil, cuja hipossuficiência seja notória em face de um outro, alfabetizado, com registro civil e oportunidades concretas de documentar, ainda que informalmente, sua atividade profissional. A segurança jurídica que o início de prova documental traduz é, certamente, um valor que não pode ser desprezado em absoluto, porém, também não pode ser extremado: impõe-se seja ponderado com outros valores constitucionais.

8.5 Comprovação do tempo de serviço urbano

Referente à comprovação do tempo de serviço urbano, até o advento da Emenda Constitucional n.º 20/98, havia no sistema previdenciário a chamada "aposentadoria por tempo de serviço" (atual aposentadoria por tempo de contribuição).

Para a obtenção dessa aposentadoria, o segurado deve contar com 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem e 30 (trinta) anos de serviço, se mulher, além da carência exigida. Tais requisitos conferem ao segurado o direito à concessão de sua aposentadoria integral.

Até o advento da Emenda Constitucional n.º 20/98, com 30 (trinta) anos de serviço – sendo homem – e 25 (vinte e cinco) anos de serviço, para mulher, acrescidos da carência exigida, era garantida a aposentadoria por tempo de serviço proporcional, a qual foi extinta do sistema previdenciário com a promulgação da aludida Emenda.

A comprovação do tempo de serviço competia ao próprio segurado. Desta forma, ele deveria apresentar provas de que havia prestado serviços que exigiam contribuição obrigatória à Previdência. Os documentos apresentados pelo segurado deveriam comprovar o exercício da atividade nos períodos alegados por este, havendo necessidade de serem contemporâneos aos fatos que se pretendia comprovar.

Hodiernamente, a prova caberá ao segurado apenas na hipótese de não existirem informações do mesmo no CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), ou quando o segurado entender que as informações constantes no cadastro não condizem com a realidade (artigo 19, §3º, do Decreto n.º 3.048/99).

O Decreto n.º 4.079/2002 trouxe nova redação ao artigo 62 do Decreto n.º 3.048/99:

“Art. 62. A prova de tempo de serviço, considerado tempo de contribuição na forma do art. 60, observado o disposto no art. 19 e, no que couber, as peculiaridades do segurado de que tratam as alíneas "j" e "l" do inciso V do caput do art. 9º e do art. 11, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado”.

A prova exclusivamente testemunhal será unicamente admitida na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito (artigo 63 do Decreto n.º 3.048/99).

Caracteriza motivo de força maior ou caso fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoronamento, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada mediante registro da ocorrência policial feito em época própria ou apresentação de documentos contemporâneos dos fatos, além de verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado.

Em se tratando de empregados, empregados domésticos e avulsos, ocorre a presunção de recolhimento por parte do empregador (para os dois primeiros) e do sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra (em relação ao último). Dessarte, não pode o Instituto Nacional do Seguro Social se negar ao pagamento do benefício sob o argumento de que não houve repasse das contribuições pelos responsáveis pelo recolhimento.

Por outro lado, no tocante ao contribuinte individual (enquanto contribuinte por conta própria) ou segurado facultativo, é necessária a apresentação dos comprovantes de recolhimento da contribuição devida.

Alguns documentos comprobatórios serão exigidos dos segurados ou dependentes quando do requerimento administrativo do benefício:

a) Do recolhimento das contribuições (em se tratando de contribuinte individual e segurado facultativo);

b) Carteira de Trabalho e Previdência Social;

c) Documento de identidade (RG e CPF);

d) Certidão de óbito (quando se referir à pensão por morte) etc.

Tais documentos devem ser apresentados junto ao Instituto Nacional do Seguro Social administrativamente para a concessão do benefício.

O § 1.º do artigo 62 do Decreto 3.048/99, dispõe, *in verbis*:

“As anotações em Carteira Profissional e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social relativas a férias, alterações de salários e outras que demonstrem a seqüência do exercício da atividade podem suprir possível falha de registro de admissão ou dispensa”.

Em seguida, o § 2º estabelece que se prestam para a prova de tempo de serviço os seguintes documentos:

“a) o contrato individual de trabalho, a Carteira Profissional e/ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social, a carteira de férias, a carteira sanitária, a caderneta de matrícula e a caderneta de contribuições dos extintos institutos de aposentadoria e pensões, a caderneta de inscrição pessoal visada pela Capitania dos Portos, pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca, pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas e declarações da Receita Federal;

b) certidão de inscrição em órgão de fiscalização profissional, acompanhada do documento que prove o exercício da atividade;

c) contrato social e respectivo distrato, quando for o caso, ata de assembléia geral e registro de firma individual;

d) contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;

e) certificado de sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra que agrupa trabalhadores avulsos;

f) comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, no caso de produtores em regime de economia familiar;

g) bloco de notas do produtor rural; ou

h) declaração de sindicato de trabalhadores rurais ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social”.

Os documentos acima citados compõem um rol não exaustivo, pois inúmeras são as maneiras de se comprovar o tempo de serviço perante o Instituto.

Na falta de documento contemporâneo podem ser aceitos declaração do empregador ou seu preposto, atestado de empresa ainda existente, certificado ou certidão de entidade oficial dos quais constem os dados previstos no caput do artigo 62, desde que extraídos de registros efetivamente existentes e acessíveis à fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social. (§ 3.º do artigo 62 do Decreto 3.048/99).

Como se verifica, o contrato de trabalho pode ser utilizado como prova para a obtenção do benefício previdenciário por parte do empregado. No entanto, a falta de registro do contrato de trabalho na empresa não prejudica o empregado.

Com relação à Carteira de Trabalho e Previdência Social, observa-se que esta é utilizada como prova para a obtenção de benefício. Os registros incluídos na mesma possuem presunção *juris tantum* de veracidade. Isso significa que admite prova em contrário, desde que tais provas sejam consideradas idôneas e relevantes.

O artigo 19 do Decreto 3.048/99 dispõe que:

“Art. 19. A anotação na Carteira Profissional ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social e, a partir de 1º de julho de 1994, os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS valem para todos os efeitos como prova de filiação à Previdência Social, relação de emprego, tempo de serviço ou de contribuição e salários-de-contribuição e, quando for o caso, relação de emprego, podendo, em caso de dúvida, ser exigida pelo Instituto Nacional do Seguro Social a apresentação dos documentos que serviram de base à anotação”

Em relação à falta de anotação na Carteira de Trabalho, é preciso lembrar do princípio da primazia da realidade do Direito do Trabalho: nele os fatos ocorridos durante a relação de emprego são muito mais importantes do que os documentos assinados pelo empregado, já que ele pode ter sido obrigado a assinar ou até mesmo pode ter assinado documentos sem saber sobre o que versavam. Verificada a relação de emprego diante dos fatos analisados, pouco interessa a falta de registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Havendo relação de emprego a relação jurídica previdenciária já está formada. Neste passo, deve

haver o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes (empregador e empregado) na Justiça do Trabalho, e o respectivo recolhimento das contribuições sociais devidas. O que importa de fato é a apuração da verdade real.

De acordo com o artigo 62, § 4º do Decreto 3.048/99, pode a Previdência Social exigir novos documentos, além da própria CTPS, quando houver alguma falha no registro de admissão ou dispensa por parte do empregador.

No entanto, não pode o trabalhador ser prejudicado pela falta de anotações complementares efetuadas pela empresa, empregador ou entidade a ela equiparada ou pela falta do repasse das contribuições devidas pelos trabalhadores, justamente pela presunção de desconto e recolhimento por parte daqueles, bem como pela situação de vulnerabilidade na qual o trabalhador se encontra.

Resta ainda esclarecer que o segurado tem direito a ter reconhecido, em qualquer época, o tempo de exercício de atividade anteriormente abrangida pela previdência social (artigo 121, Dec. 3.048/99). Para tanto, o reconhecimento somente será feito mediante indenização das contribuições relativas ao respectivo período, conforme o disposto nos §§ 7º a 14 do artigo 216 e § 8º do artigo 239 (artigo 122, Dec. 3.048/99).

Se a empresa não estiver mais em atividade, o interessado deverá juntar prova oficial de sua existência no período que pretenda comprovar.

Quanto ao serviço realizado em atividade especial, o segurado deverá demonstrar perante o Instituto Nacional do Seguro Social o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, exercido sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física durante o período mínimo de quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso (artigo 64 do Dec. 3.048/99).

O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de

agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido, para a concessão do benefício de aposentadoria especial.

Para o cômputo da atividade especial alguns documentos servem como prova, como a declaração de responsabilidade da empresa firmada através de formulário próprio do Instituto Nacional da Seguridade Social, acompanhada do respectivo laudo pericial, quando for o caso. Tais documentos, por exemplo, o DIRBEN ou DSS 8030, devem ser aceitos pela Previdência Social se emitidos anteriormente a 31 de dezembro de 2.003.

A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário (PPP), na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, obrigatório a partir de 01 de janeiro de 2.004, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho (artigo 68, §2.º, Dec. 3.048/99).

A empresa é plenamente responsável pela verdade presente na declaração, sob pena de ser responsabilizada nos termos do artigo 299 do Código Penal, bem como do artigo 133 da Lei n.º 8.213/91.

Para fins de concessão de benefício de aposentadoria especial, a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social deverá analisar o formulário e o laudo técnico de que tratam os § 2º e 3º do artigo 68 do Decreto 3.048/99, bem como inspecionar o local de trabalho do segurado para confirmar as informações contidas nos referidos documentos e também analisar o P.P.P, emitido a partir de 01/01/2.004.

A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento, sob pena de multa prevista no artigo 283 do Decreto n.º 3.048/99.

8.6 Comprovação do tempo de serviço rural

Deveras, a questão ganha muito mais complexidade quando o assunto é a comprovação do tempo de serviço rural.

Conforme o artigo 182 do Decreto 3.048/99:

“Art. 182. A carência das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial para os segurados inscritos na previdência social urbana até 24 de julho de 1991, bem como para os trabalhadores e empregadores rurais amparados pela previdência social rural, obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício:

Ano de implementação das condições	Meses de contribuição exigidos
1998	102 meses
1999	108 meses
2000	114 meses
2001	120 meses
2002	126 meses
2003	132 meses
2004	138 meses
2005	144 meses
2006	150 meses
2007	156 meses
2008	162 meses
2009	168 meses
2010	174 meses
2011	180 meses

De acordo com a Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.

Por sua vez, o artigo 39 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, expressa *in verbis*:

"A comprovação de efetivo exercício de atividade rural será feita com relação aos meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua, durante período igual ao da carência do benefício, ressalvado o disposto no inciso II do art. 143".

O artigo 143 da Lei n.º 8.213/91 estabelece que:

"O trabalhador rural, ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea a do inciso I, ou do inciso IV, ou VII do artigo 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário-mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício" (Redação dada pela Lei n.º 9.063, de 14.6.95).

Recentemente, com a edição da Medida Provisória n.º 312, de 19 de julho de 2006 – DOU de 20/7/2006, para o trabalhador rural empregado o prazo previsto no artigo 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado por mais dois anos.

Desta forma, ainda que o trabalhador rural não tenha contribuído, terá direito ao benefício no valor de um salário mínimo durante quinze anos, ou seja, até 24 de julho de 2006, se comprovar que trabalhou na atividade rural pelo mesmo tempo de carência do benefício pretendido, mesmo que de forma descontínua. Por "forma descontínua" vamos entender a atividade rural não realizada ininterruptamente. Isso pode acontecer em decorrência de secas, enchentes, períodos de safra etc.

O trabalhador rural é considerado vulnerável e, diante desta vulnerabilidade, o tratamento favorecido se justifica.

Esse tratamento diferenciado está de acordo com o princípio da igualdade, segundo o qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, de forma diferenciada.

Ademais, este tratamento diferenciado garante:

- melhor distribuição de renda no País;
- incentivo à produção rural;
- facilitação no acesso à justiça.

O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacificado de que deve estar presente início suficiente de prova material, confirmada pela testemunhal, concernente à condição de rurícola. O mesmo entendimento é extraído do Supremo Tribunal Federal.²⁶

Essa prova material deve ser contemporânea à época dos fatos, concordante com as normas administrativas utilizadas pelo Instituto Nacional da Seguridade Social nos processos administrativos.

O artigo 106, parágrafo único, em seus incisos, prevê os diversos meios de prova do exercício de atividade rural, referente a período anterior a 16 de abril de 1994 (pois, a partir dessa data, a prova far-se-á por meio da Carteira de Identificação e Contribuição – CIC, referida no § 3º. do artigo 12 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991), sendo eles alternativamente:

²⁶ “PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – TEMPO DE SERVIÇO RURAL – VALORAÇÃO DE PROVA – INÍCIO DE PROVA MATERIAL – ARTIGOS 55, § 3º, E 106, DA LEI 8.213/91 – SÚMULA 149/STJ. - Na esteira de sólida jurisprudência da 3ª Seção (cf. EREsp nº 176.089/SP e 242.798/SP), afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ para conhecer do recurso. - O reconhecimento de tempo de serviço em atividade rural, para fins previdenciários, depende de comprovação por início de provas materiais corroboradas por idônea prova testemunhal da atividade laborativa rural. Inteligência da Súmula 149/STJ. – *In casu*, os documentos acostados à inicial preenchem os requisitos exigidos pela legislação previdenciária (artigos 55, § 3º, e 106, da Lei 8.213/91). Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rural homologado por membro do MP, e carteira de filiação ao mesmo Sindicato. Recurso conhecido, mas desprovido. (Acórdão RESP 460339/CE; RECURSO ESPECIAL 2002/0104102-6 Fonte DJ DATA:21/06/2004 PG:00239 Relator Min. JORGE SCARTEZZINI (1113) Data da Decisão 06/05/2004 Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE EM NÚMERO DE MESES EQUIVALENTE À CARÊNCIA DO BENEFÍCIO. RAZOÁVEL PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. 1. A teor do disposto no art. 143 da Lei nº. 8.213/91, o trabalhador rural pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à respectiva carência. 2. Não se exige comprovação documental de todo o período, bastando sua demonstração por meio de prova testemunhal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Acórdão AGRESP 496838 / SP ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0014502-3 Fonte DJ DATA:21/06/2004 PG:00264 Relator Min. PAULO GALLOTTI (1115) Data da Decisão 05/02/2004 Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA)

- contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;

- contrato de arrendamento, parceria e comodato rural;

- declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo Instituto Nacional da Seguridade Social;

- comprovante de cadastro do INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;

- Bloco de notas do produtor rural.

É certo que, o rol acima é exemplificativo e dentre esses meios, não consta o testemunho exclusivo.

Tem-se, portanto, que o trabalhador rural deve primeiramente tentar a obtenção do benefício administrativamente. Entrementes, na prática previdenciária, o que se tem observado, é que na grande maioria dos casos, a decisão positiva quanto ao trabalhador rural só é obtida judicialmente.

Destarte, o magistrado deverá proceder à valoração da prova em cada caso. Diversas situações são colocadas cotidianamente e o rol do artigo 106 da Lei n.º 8.213/91 não deve ser observado como sendo taxativo.

Além dos documentos listados no citado artigo 106, nossos tribunais admitem como razoável início de prova material da comprovação do tempo de trabalho rural, dentre outros, a Certidão de Casamento, o Título Eleitoral, o Certificado de Dispensa das Forças Armadas (documentos nos quais deve constar a profissão da parte como sendo lavrador), pagamento de tributos da propriedade, certidão fornecida pela empresa acompanhada de fotografia antiga, ficha médica, documento rural em nome do pai, ficha de matrícula do colégio, declaração para fins de inscrição de produtor rural, nota fiscal de produtor rural, guias de recolhimento de contribuição sindical, bem como declaração de ex-empregador e outros documentos

relativos à produção agrícola em regime de economia familiar.²⁷

Doutrina e jurisprudência consagram o entendimento de que, caso a parte traga aos autos os documentos elencados no artigo 106 da Lei n.º 8.213/91, configura-se na chamada *prova plena*, o que assegura sem maiores dúvidas a concessão do benefício pleiteado. Entretanto, o que se observa na prática é que se trata de raridade, dadas às condições socioeconômicas dos trabalhadores. Portanto, deve-se buscar atender a essa realidade utilizando mecanismos processuais probatórios diversos, os quais a jurisprudência tem construído brilhantemente.

Mesmo em casos de apresentação dos documentos citados no artigo 106 da Lei Previdenciária, o que se sabe, na prática, é que muitas vezes, o próprio Instituto Nacional da Seguridade Social exige outros documentos, caindo por terra nesses casos, o conceito de prova plena.

De fato, como bem assevera Wladimir Novaes Martinez (2001a), diante da precária organização empresarial e contábil do meio rural, era dever do legislador ordinário contemplar facilidades para os beneficiários rurais comprovarem o tempo de serviço ou outros benefícios dependentes do tempo de trabalho, ajuda compreendida no sentido de constatar a condição típica do laboral ou labor rural e compensá-lo, incluindo seus familiares, com a diminuição do encargo da prova documental, com o intuito de, dessa forma, equipará-lo ao urbano.

De acordo com a mesma doutrina, os documentos atestantes o passado do trabalho rural são raros, e, mesmo nos dias de hoje, as empresas rurais (algumas alegando não desejar o próprio trabalhador a consignaçoão) resistem à idéia da anotação em carteira. É da maior importância esse dado para a Previdência

²⁷ Superior Tribunal de Justiça, REsp 176121-MS, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 25.08.1998, DJ 14.09.1998, p. 125.

TRF da 1ª Região, AC 1995.01.010434-6, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Assusete Magalhães, j. 29.10.1996, DJ 10.03.1997, p. 12.776.

“Se a declaração do ex-empregador é contemporânea dos fatos, deve ser admitida como meio de prova documental, ante a sua idoneidade”, AMS 1999.71.05.003502-2, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 03.10.2000, DJU 13.12.2000, p. 281. No mesmo sentido: TRF da 3ª Região, AC 97.03.059834-0, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 23.03.1998, DJ 02.06.1998, p. 535.

Social e para o segurado. Sem ele aumentarão em muito as suas naturais dificuldades para a obtenção do benefício previdenciário (MARTINEZ, 2001a).

Conforme o ensinamento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 608):

"[...] no que tange à prova do exercício da atividade rural, a jurisprudência tem entendido que, embora a Lei Previdenciária exija um início razoável de prova material, não sendo admitida a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito —art. 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91 —, tal exigência, no caso dos trabalhadores rurais, deve ser relativizada, tendo-se em vista as peculiaridades que envolvem essa classe de trabalhadores, especialmente a categoria dos "bóias-frias" ou "safristas". Esse entendimento, aliás, já tem sido proclamado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vejamos: "Constitucional. Previdenciário. Prova. Lei n.º 8.213/91 (art. 55, § 3.º). Decreto n.º 611/92 (arts. 60 e 61). Inconstitucionalidade. O Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída, notadamente quando for a única hábil a evidenciar o fato. Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do Direito. Tal acontece com os chamados 'bóias-frias', muitas vezes, impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira. Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringir-se-á a busca da verdade real, o que não é inerente do Direito Justo. Evidente a inconstitucionalidade da Lei n.º 8.213/91 (art. 55, § 3.º) e do Decreto n.º 611/92 (arts. 60 e 61)" (REsp n.º 79.962-SP, STJ, 6ª Turma, rel. Min.º Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 27.5.96, p. 17938)".

O Tribunal Regional Federal da Terceira Região²⁸ já se manifestou no sentido de que:

"...deve-se, destarte, estar atento à lastimável situação daqueles que dedicam suas vidas à árdua tarefa de extrair da terra o alimento necessário ao sustento da nação. É curial que se a autora, ora apelante, possuíse documentos que comprovassem sua atividade de rurícola, os teria juntado à inicial, robustecendo o pedido e garantindo ab initio melhores chances de acolhimento à sua pretensão".

Ressalta-se, ademais, que a prova do exercício da atividade rural pode ser feita por meio da simples justificação administrativa (artigo 108 da Lei n.º 8.213/91) ou judicial (artigos 861 a 866 do Código de Processo Civil).

²⁸ TRF da 3ª Região, AC 90.03.028004-5, 2ª Turma, Rel. Dês. Fed. José Kallás.

8.7 Princípio *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*

Este princípio ou solução encontra-se absorvido pelo princípio da norma mais favorável, que colocou à margem eventuais estrabismos jurídicos que pretendiam legitimar a desigualdade entre as partes por intermédio do franco favorecimento ao trabalhador/segurado.

Aludido princípio veio a proteger de forma patente os interesses do trabalhador/segurado, e deve ser aplicado com a finalidade precípua de **reduzir as desigualdades entre as partes**, uma vez que o segurado é notoriamente a parte mais frágil na relação jurídica firmada com a Previdência Social.

Apenas a título de informação, a Egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando de forma pacífica este dogma em favor do segurado, principalmente nas questões envolvendo o trabalhador rural, senão vejamos:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. RURÍCOLA. PROVA MATERIAL. DOCUMENTO NOVO PREEXISTENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 485, VII, DO CPC. ADOÇÃO DA SOLUÇÃO PRO MISERO.

1. Está consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, considerada a condição desigual experimentada pelo trabalhador volante ou bóia-fria nas atividades rurais, é de se adotar a solução pro misero para reconhecer como razoável prova material o documento novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária.

2. Precedentes.

3. A certidão de casamento da qual conste como profissão do marido da autora a de lavrador, preexistente ao tempo da ação originária, é documento novo e constitui razoável prova material da atividade rurícola.

*4. Ação rescisória procedente”.*²⁹

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO/CONTRADIÇÃO/OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. MERA INSATISFAÇÃO.

FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. EFEITO INFRINGENTE. EXCEPCIONALIDADE. RESCISÓRIA. RURÍCOLA. APOSENTADORIA. TERMO INICIAL. DOCUMENTOS PREEXISTENTES AO ACÓRDÃO RESCINDENDO. SOLUÇÃO PRO MISERO. ADOÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

²⁹ STJ, Min. Paulo Galotti. AÇÃO RESCISÓRIA nº. 2002/0108260-5, Terceira Seção, Data do julgamento – 09.06.2004, Data da publicação – DJ. 18.04.2005, p. 211.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Não existindo qualquer um desses elementos essenciais, rejeitam-se os mesmos.

II - Depreende-se das razões dos embargos, que o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da controvérsia.

III- Neste contexto, consoante se verifica do acórdão embargado, a quaestio já foi suficientemente discutida, cuja fundamentação utilizada ao desate da controvérsia foi exauriente, não ensejando o acolhimento do recurso integrativo.

IV- Inviável, em sede de embargos declaratórios, a concessão do excepcional efeito infringente, quando não evidenciado nenhum dos seus pressupostos.

V - A Eg. Terceira Seção já consolidou o entendimento de que, no caso específico do trabalhador rural, dadas as condições desiguais vivenciadas e adotando a solução pro misero, a prova, ainda que preexistente à propositura da ação originária, deve ser considerada para efeito do artigo 485, VII do CPC. Portanto, não há que se cogitar de culpa ou desídia do patrono da parte.

VI - Em suma, por reconhecer o acerto da decisão de primeiro grau, o pedido da Ação Rescisória foi julgado procedente. Assim, o termo inicial do benefício está intrinsecamente ligado ao mérito do postulado.

VII- Embargos de declaração rejeitados”.³⁰

Em diversos julgados, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça considerou documento novo apresentado pelo trabalhador rural, logo, preexistente à propositura da ação originária, para efeito do artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil.³¹

Sendo assim, fica evidente que para a prova do tempo de serviço, seja ele urbano ou rural, qualquer documento contemporâneo ao fato a ser comprovado deve ser aceito como início de prova material, no sentido de que o servidor do Instituto Nacional da Seguridade Social, com base no enunciado 05 do Conselho de Recursos da Previdência Social, deve oferecer ao segurado, hoje chamado de cliente, a possibilidade de realização de justificação administrativa para a possível comprovação do período pleiteado.

Por outro lado, caso assim não entenda o Instituto Nacional da Seguridade Social, o(s) documento(s) contemporâneo(s) poderá(ão) ser apresentado(s) perante o Poder Judiciário, que, conforme já explanado, tem se pronunciado favoravelmente ao segurado/cliente, em razão dos inúmeros acórdãos

³⁰ STJ, Min. Gilson Dipp. Terceira Seção. Embargos de Declaração em Ação Rescisória nº. 1999/0024129-0, Data do julgado – 14.04.2004, Data da publicação – DJ. 17.05.2004, p. 101.

³¹ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

dos nossos tribunais e principalmente por ser o segurado a parte mais frágil da relação processual.

Diante do que ficou exposto, tem-se que o rol de documentos exigidos pela legislação processual previdenciária não deve jamais ser considerado taxativo, como hodiernamente interpreta a Previdência Social ao analisar os processos administrativos. Assim, qualquer documento idôneo capaz de provar a atividade laboral do segurado, o seu vínculo ou a sua dependência econômica deve ser considerado para fins probatórios, em observância ao devido processo legal.

9. PROVA PERICIAL

Consoante os lexicógrafos, perícia é uma vistoria técnica, um exame ou vistoria de caráter técnico e especializado, ou ainda, o exame feito por perito.

Deste modo, a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Por meio dela se verifica tecnicamente determinada situação denunciada nos autos (processo previdenciário administrativo ou judicial), inclusive o próprio fato que originou a ação judicial.

Diversas são as espécies de perícia, tais como a judicial, administrativa, extrajudicial, arbitral e interprofissional.

Na verdade, a prova pericial encontra-se regida pelas disposições gerais dos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil, as quais se aplicam para fins processuais previdenciários caso se constate necessidade de produção de prova pericial. Na prática previdenciária a prova pericial é presentemente exigida nos casos de concessão de benefício previdenciário vinculado à incapacidade laboral, como por exemplo, a aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, auxílio-doença, renda mensal vitalícia (concessão já extinta), benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência, ou ainda, pensão por morte de segurado para filha maior inválida. Nessas situações, tal prova ocorre, indubitavelmente, pela via da realização da prova pericial desenvolvida por profissional da área médica.

Nos exemplos acima mencionados, o cabimento da prova pericial decorre da própria natureza da demanda envolver a necessidade de apuração de fatos sob a ótica de critérios médico-científicos, em especial, no tocante à definição real do quadro clínico do autor para fins previdenciários. Desta forma, evidencia-se que, caso o segurado da previdência venha postular em juízo a concessão de determinado benefício previdenciário, o magistrado carece de conhecimento e juízo técnico para poder qualificar e valorar apriorística e peremptoriamente mencionada realidade fática, razão por que se revela imprescindível a produção de prova pericial.

Profícuo ressaltar que a necessidade de produção de prova pericial para a comprovação dos requisitos indispensáveis à concessão ou manutenção de benefícios previdenciários impede a impetração de mandado de segurança para obter, por exemplo, o restabelecimento de benefício previdenciário indevidamente susgado.

Isto, pois essa estreita via processual não admite instrução probatória, não se adequando, portanto, a uma modalidade de pedido em que se requer comprovar, necessariamente, a situação de incapacidade para o trabalho (necessidade da realização de prova pericial a ser debatida pelos laudos dos assistentes técnicos, dentre outros desdobramentos possíveis).

Destaca-se que, muito embora a incapacidade laborativa possa ser comprovada exclusivamente mediante a realização de prova pericial médica, o julgador pode reconhecer a incapacidade para o trabalho não somente com fundamento no laudo pericial, caso este seja inconclusivo nesse sentido, ou determinar caso de invalidez apenas parcial ou apenas temporária (ou ambas). Tal se justifica pelo fato de o magistrado não se encontrar adstrito ao laudo pericial, nos exatos termos do artigo 436 do Código de Processo Civil.

Em sede previdenciária é possível, assim, em discussão judicial, valer-se o magistrado de outros elementos de prova para verificar em concreto a impossibilidade de recuperação do estado de saúde do segurado e seu retorno ao posto de trabalho, *“pois o juiz, na formação de seu livre convencimento, não está adstrito ao laudo pericial podendo valer-se dos demais elementos de prova dos autos”*.³²

Já se julgou sabiamente que:

“não há que se falar na possibilidade do autor se adaptar em outra atividade, pois deve ser levada em conta a idade do segurado, seu grau de instrução e o fato de ser afeito em atividades braçais. Não é dado exigir que o recorrido, com quase 50 (cinquenta) anos de idade, tendo trabalhado a vida toda nas profissões para as

³² TRF da 3ª Região, AC 95.03.039610-7, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Célio Benevides, j. 08.04.1997, DJ 21.05.1997, p. 35.862.

*quais hoje se encontra incapacitado (pedreiro e lavrador), submeta-se a uma reabilitação profissional, e com sucesso”.*³³

É cediço no direito previdenciário que elementos como o pequeno grau de instrução e profissionalização do segurado o impedem de encontrar efetivamente outra ocupação laboral, dado o contexto socioeconômico em que estão inseridos.

Deveras, em muitas situações, tem-se que a invalidez, para ser caracterizada, deve ser sopesada à luz destes outros elementos, ainda que taxados de extraprocessuais. Ora, imaginemos um segurado postulando benefício previdenciário, exercendo ou tendo exercido por toda sua vida exclusivamente a função de trabalhador rural, com lesões decorrentes do elevado grau de esforço físico necessário para desempenhar as lides campesinas e analfabeto; em qual função laborativa poderia ser recolocado no mercado de trabalho?

Os fatores sociais devem, portanto, influenciar no momento da interpretação das leis, mormente quando se trata de aplicar a legislação social, como é o caso das normas previdenciárias. Com a maestria de seus conhecimentos, Carlos Maximiliano (1979, p. 157) já lecionava que:

“os antigos juristas romanos, longe de se aterem à letra dos textos, porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da vida [...]. Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas”.

E assim conclui o mestre aduzindo que *“a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata”* (MAXIMILIANO, 1979, p. 157).

³³ TRF da 3ª Região, AC 89.03.004358-8, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Pedro Rotta, j. 19.02.1991, DOE 26.04.1993, p. 87.

Há também julgados no sentido de que a interdição da parte autora da ação judicial previdenciária, para os atos da vida civil, se trata de comprovação da incapacidade laboral, exigida pela legislação previdenciária.³⁴

Em todo caso, pode o perito nomeado em ação previdenciária, além de descrever tecnicamente os fatos examinados, emitir juízo de valor sobre eles. Entretanto, tal juízo, é claro, pode ser substituído com mais propriedade pelo juízo valorativo do magistrado, visto ser este o agente público legitimado constitucionalmente à aplicação da norma.

Já se decidiu que, sendo insuficiente a prova pericial produzida pela autarquia previdenciária, imprescindível é a realização da prova pericial em juízo, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente anulação da decisão de primeiro grau.³⁵

De outra banda, não se aceita a tese de que a perícia médica idônea à comprovação da incapacidade laboral para fins previdenciários seja privativa do Instituto Nacional da Seguridade Social. Tal alegação *“é desprovida de amparo legal, já que a decisão administrativa não impede que a questão venha a ser também apreciada judicialmente, a teor do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, estabelecido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV”*.³⁶

Caso a perícia realizada pelo Instituto Nacional da Seguridade Social reconheça a invalidez que acomete a parte postulante do benefício vale em juízo, dispensada a produção de prova judicial, pois tal hipótese corresponde ao reconhecimento da invalidez.

³⁴ “A incapacidade total e definitiva do autor pode ser comprovada pela interdição judicial corroborada pelo laudo médico pericial”, AC 90.03.034231-8, TRF da 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Aricê Amaral, j. 04.08.1992, DOE 13.08.1992, p. 119.

³⁵ “Não reconhecida pelo Tribunal de origem a incapacidade indenizável, sua verificação nesta sede implica necessariamente no reexame do conjunto probatório dos autos, notadamente a prova pericial apresentada em juízo, vedado na via do recurso especial. Incidência da Súmula 07 – STJ”, EREsp 168316-SP, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 27.10.1999, p. 64.

³⁶ TRF da 2ª Região, AC 99.02.04693-2, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Guilherme Couto, j. 09.10.2001.

Em se tratando do princípio do devido processo legal, há interessante julgado, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que determinou a anulação da sentença em razão da prova pericial, embora efetivamente realizada em primeira instância, mas configurada como insuficiente ao esclarecimento do juízo quanto à incapacidade profissional do litigante, vejamos: *“Sendo insuficiente a prova pericial produzida, anula-se a sentença para que nova prova se produza, capaz de esclarecer o juiz quanto à existência da alegada incapacidade definitiva para o exercício de atividade profissional”*.³⁷

De fato, referido julgado revela severa preocupação com a efetividade do contraditório e da ampla defesa. O princípio constitucional do devido processo legal, mais do que possibilidade formal de instrução probatória, garante aos litigantes a ampla possibilidade de produção probatória, a qual deve ser fundamentalmente direcionada à descoberta da verdade material dos fatos.

Essa preocupação com o efetivo direito à ampla defesa, em decorrência do princípio constitucional do devido processo legal, encontra guarida no reconhecimento judicial de que a prova pericial pode ser designada – inclusive de ofício – pelo juiz, considerada a sobrevalorização de seus poderes instrutórios.

Também já se decidiu em sede de ação previdenciária que *“quando a perícia oficial não for conclusiva, deve-se acolher o trabalho do assistente-técnico do segurado que reconheceu a necessidade de assegurar ao obreiro o auxílio-doença”*.³⁸

Tal entendimento pretoriano revela a nítida intenção de proteção ao segurado, tomando como premissa os fundamentos apontados ao longo do presente trabalho.

Analisando outras situações probatórias, tem-se ainda que o posicionamento majoritário da jurisprudência entende não configurar cerceamento

³⁷ AC 91.02.010068-1, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Clelio Erthal, j. 02.12.1992, DJ 06.04.1993.

³⁸ TRF da 3ª Região, AC 90.03.039259-5, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Aricê Amaral, j. 02.06.1992, DOE 03.08.1992, p. 187.

de defesa o indeferimento da realização da prova pericial contábil quando se trata de ação de revisão de benefício previdenciário, sob o argumento de se referir à matéria exclusivamente de direito, nos termos do artigo 420, parágrafo único, inciso I do Código de Processo Civil.

Porém, há entendimento em sentido contrário, concebendo que a prova pericial contábil é cabível também nas ações revisionais de benefício previdenciário, por se tratar de direito da parte. Desta feita, segundo esta compreensão, a perícia contábil tem cabida quando se tratar de dúvida relativa aos cálculos monetários apresentados pelas partes acerca do reajuste do benefício, ou quanto à exata utilização dos salários de contribuição para o cálculo da renda mensal inicial do benefício do autor, bem como em relação à exata aplicação dos índices de correção previstos em lei, entre outros.

Na realidade, ainda que se tenha em conta que a revisão de benefício previdenciário normalmente é matéria exclusiva de direito, pode ocorrer dúvida no espírito do julgador quanto a alguns detalhes da demanda a ser decidida.

Ora, o emaranhado de leis a respeito de atualização monetária existentes no ordenamento jurídico pátrio, assim como a complexidade concernente à variada gama de indicadores econômicos utilizáveis para tanto podem demandar a necessidade de prova pericial esclarecedora destes pontos. Isso refoge, certamente, aos conhecimentos jurídicos do julgador, enquadrando-se na hipótese de conhecimento técnico autorizatória da prova pericial, de acordo com o artigo 420 do Código de Processo Civil.

9.1 Avaliação médico-pericial

A avaliação da repercussão da doença sobre a capacidade laborativa dos segurados se faz mediante a realização de Exame Médico-Pericial a cargo da Perícia Médica do Instituto Nacional da Seguridade Social e de seus

Médicos-Peritos. Esses profissionais recebem formação complementar por parte da seguradora após sua graduação em medicina, não havendo formação curricular da atividade de médico-perito (GONZAGA, 2006).

A perícia médica é atribuição privativa de médico, podendo ser exercida pelo civil ou militar, desde que investido em função que assegure a competência legal e administrativa do ato profissional.

Genericamente, o exame médico-pericial visa definir o nexo de causalidade (causa e efeito) entre:

- Doença ou lesão e a morte (definição da causa *mortis*);

- Doença ou seqüela de acidente e a incapacidade ou invalidez física e/ou mental;

- O acidente e a lesão;

- Doença ou acidente e o exercício da atividade laboral;

- Doença ou acidente e seqüela temporária ou permanente;

Desempenho de atividade e riscos para si e para terceiros. Por outro lado, o médico perito, através de competente inspeção médica, pode concluir se a pessoa portadora ou não de doença ou vítima de seqüela resultante de acidente, reúne condições para exercer determinada atividade (ocupação) – é o denominado exame de aptidão/inaptidão física e/ou mental.

Ainda é considerada tarefa médico-pericial especializada a definição do grau de parentesco entre pessoas, diversos exames especiais para identificar indivíduos, dos mais simples aos mais complexos, como por exemplo, a identificação via polimorfismo genômico, cuja prática é esporádica ou excepcional.

A perícia médica há muito tempo vem sendo requisitada para apoiar as investigações tocantes às polícias técnicas, sempre que do evento investigado resulte dano físico e/ou mental. É a base do trabalho exercido pelo médico perito junto às instituições de medicina legal, vinculadas aos setores de polícia especializada, destacando-se o papel dos Institutos Médico-Legais.

O trabalho médico-pericial também tem sido exigido pelos juízes, objetivando definir a existência, grau, natureza e causa de lesões físicas ou mentais sofridas por pessoas que recorrem ao Poder Judiciário, na expectativa da reparação de danos sofridos sob a responsabilidade direta ou indireta de terceiros.

Cabe destacar o papel da Previdência Social que, desde a década de 30, vem estabelecendo a concessão ou manutenção de benefícios à ocorrência de incapacidade ou invalidez, comprovada por inspeção médico-pericial.

O Regime Trabalhista, ao adotar as estratégias de proteção à saúde do trabalhador, institui mecanismos de monitoração dos indivíduos, almejando evitar ou identificar precocemente os agravos à sua saúde, quando produzidos ou desencadeados pelo exercício do trabalho. Ao estabelecer a obrigatoriedade na realização dos exames pré-admissional, periódico e demissional do trabalhador criou recursos médico-periciais voltados a identificar o nexo de causalidade entre os danos sofridos e a ocupação desempenhada.

Do mesmo modo, nos serviços prestados ao Estado, os servidores públicos civis e militares estão amparados por dispositivos dos Regimes Jurídicos a que estão filiados, sendo-lhes assegurada a proteção da saúde. Para tanto, as estratégias utilizadas no acompanhamento do funcionário público em nada devem diferir daquelas adotadas no Regime Trabalhista.

No Regime Trabalhista, bem como no Regime Jurídico do Servidor Público, a concessão ou manutenção de licenças remuneradas em virtude de doença ou acidente que produz incapacidade ou invalidez está condicionada à realização de inspeção médico-pericial.

Como se vê, a perícia médica é exercida praticamente em todas as áreas de atuação do médico. Muitas vezes, é praticada em sua plenitude, sem que se esteja alertado para as graves responsabilidades assumidas. Um "simples" atestado de aptidão ou de incapacidade que se emite deve proceder da competente avaliação médico-pericial, não somente para cumprir as exigências legais, como também em respeito ao indivíduo que se orientará por recomendação.

A aplicação dos dispositivos contidos nos principais diplomas legais (leis, decretos e portarias), todos da área federal, depende da avaliação médico-pericial, dos quais se destaca a legislação previdenciária – a mais extensa – já que disciplina a atuação da perícia médica na concessão e manutenção de diversos benefícios que integram o Plano de Benefícios da Previdência Social:

- Lei 8.213/91 e Dec. 611/92 – disciplinam acerca do Plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social, incluindo os auxílios-doença, aposentadorias por invalidez, auxílios-acidentes, pecúlios, qualificação e habilitação do dependente, maior inválido, para concessão de benefícios de família, entre outros; sua concessão e manutenção dependem de exame médico-pericial;

- Lei 6.179/74 - trata da renda mensal vitalícia (benefício já extinto), concebida a maiores de 70 (setenta) anos ou inválidos, sendo indispensável a perícia médica na segunda hipótese;

- Lei 7.070/82 - trata da concessão de benefícios por invalidez aos portadores de seqüelas resultantes do uso da talidomida;

No tocante à avaliação médico-pericial realizada pela Previdência Social, tem-se que, a falta de comprovantes de tratamento permite ao MPL (Médico Perito Local) não conceder o benefício, com base no artigo 77 do Decreto n.º 3.048/99, que determina a necessidade da realização de tratamentos clínicos, quando gratuitos, excetuando os casos cirúrgicos e as transfusões de sangue por facultativas. A falta de comprovação de tratamento pode fazer com que o médico-perito proporcione prazo para regularizar a situação, mas a falta confessa de

tratamento é motivo suficiente para a negativa de benefício, em face da exigência legal (GONZAGA, 2006).

Consoante o procedimento administrativo utilizado pela Previdência Social, depois de analisar tais documentos, o médico-perito submete o segurado a um exame físico, solicita ou não exames complementares especializados e conclui seu parecer médico.

Existem prazos a serem estabelecidos. Assim, após um parecer contrário ou após uma alta médico-pericial, o segurado tem o prazo de trinta dias para solicitar revisão do parecer. Submete-se a uma junta clínica na fase recursal (GONZAGA, 2006).

Finalmente, recebendo parecer contrário sobre suas pretensões, somente poderá pleitear nova perícia médica depois de decorridos trinta dias da última avaliação médica realizada.

9.2 Capacidade e incapacidade laboral

O indivíduo é considerado capaz para exercer uma determinada atividade ou ocupação quando reúne as condições morfopsicofisiológicas compatíveis com o seu pleno desempenho.

Por outro lado, determinada limitação imposta por doença ou lesão que não o incapacita para certa função poderá impedi-lo de executar várias outras. As condições morfopsicofisiológicas exigidas para o desempenho das tarefas de um comissário de bordo (aeronauta) não são as mesmas se esse trabalho estivesse sendo executado no escritório da mesma empresa. Conclui-se, portanto, que o exame de aptidão física e/ou mental e a avaliação médico-pericial realizada para a concessão da licença médica dependem do conhecimento dos dados profissiográficos da atividade exercida ou a exercer. A omissão de tais informações,

muitas vezes, explica a ocorrência de problemas que surgem entre o examinado e o médico perito, quando a conclusão pericial não corresponde à recomendação feita pelo médico assistente.

Imaginemos a hipótese de três trabalhadores que apresentassem ao exame médico-pericial a mesma entidade mórbida - cegueira de um olho: um auxiliar administrativo, um motorista jovem e um motorista idoso, sem outras experiências profissionais. Consolidada a lesão, isto é, após a realização dos tratamentos indicados, o primeiro trabalhador reunia condições para retornar ao trabalho, sem restrições; enquanto o motorista jovem seria reabilitado para nova ocupação, e o terceiro – o motorista idoso, dificilmente obteria êxito na mudança de atividade e terminaria por ser aposentado por invalidez. A mesma entidade (a visão monocular) ensejaria a concessão do benefício extremo (aposentadoria por invalidez) ao motorista idoso e nenhum benefício seria concedido ao auxiliar administrativo.

Embora sejam conclusões médico-periciais simples e óbvias, dependem, contudo, do conhecimento da legislação previdenciária e do acesso às informações sobre a real ocupação exercida pelo examinado.

Uma questão a ser considerada, quando da avaliação médico-pericial, é o risco para si próprio e para terceiros advindo do exercício da ocupação. É o que pode ocorrer com o motorista epilético e a condução de um ônibus. Nessa hipótese, configura-se a existência de incapacidade laborativa, embora o exame clínico e eventuais exames subsidiários não a constatem. Situação semelhante ocorreria quando o médico perito concluísse que o exercício da atividade desencadearia ou agravaria doença ou lesão de que é vítima o trabalhador. Como um exemplo entre vários, o pedreiro com lesões cicatrizadas de dermatite de contato pelo cimento; o retorno à ocupação com certeza desencadearia nova crise que certamente o incapacitaria.

Outra ocorrência, objeto de avaliação do médico perito, é a incapacidade laboral produzida por procedimentos de diagnóstico ou terapia. Nessa hipótese, o trabalhador, embora não esteja impedido de exercer a tarefa,

considerando-se isoladamente a doença ou lesão, se encontra internado para exploração diagnóstica ou realiza tratamento que o impede de comparecer ao trabalho.

9.3 Médico perito

O médico que assume a especialidade de perícia médica deve ter boa formação médica, manter-se atualizado com as diversas técnicas utilizadas nas investigações médico-periciais, visando a conclusões seguras, e acompanhar a evolução da legislação que define os procedimentos nessa área.

A aceitação da função pericial deve ser espontânea, sem que isso implique em renunciar às determinações judiciais e nem fugir do compromisso social assumido.

Salienta-se que ao perito médico é defeso realizar perícia médica em seu próprio paciente, seu parente, pessoa com que mantenha relação que possa vir a influir no livre julgamento pericial e nos casos em que se julgar inseguro para emitir sua conclusão, em face do pouco domínio da especialidade médica a que se reportar o caso. Assim é que, por exemplo, um exame de sanidade mental deve ser da competência privativa do psiquiatra, salvo se o médico indicado julgar-se competente para assumir a avaliação.

O exame médico-pericial deve ser registrado em formulário próprio, conclusivo, datado e assinado. O médico perito não deve admitir conclusão pericial insegura, para tanto deve recorrer a exames subsidiários, pareceres de especialistas, relatórios de médicos assistentes ou pesquisas realizadas.

Salvo entendimento diverso, compreende-se que o médico do trabalho é o que reúne as melhores condições para o desempenho da tarefa, posto que tem como função pericial monitorar os trabalhadores em defesa de sua saúde,

porquanto o surgimento da incapacidade laboral é tido como uma intercorrência verificada no processo de seu monitoramento.

9.4 Cobertura previdenciária estimada – COPES ou PRODAC – programa data certa

Recentemente, no ano de 2005 foram introduzidas alterações na sistemática de concessão de prazos na perícia médica para os auxílios-doença, em programa denominado PRODAC ou Programa Data Certa ou ainda chamado de Cobertura Previdenciária Estimada (GONZAGA, 2006).

Realmente, a conduta revelada pela autarquia previdenciária, com as chamadas “altas programadas”, é resultado de nova “política” de gestão, voltada para a redução do pagamento de auxílios-doença, conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional³⁹.

O ilustre professor Wagner Balera, advogado especialista em Direito Previdenciário e professor titular na Faculdade de Direito da PUC-SP, na data de 08 de abril de 2006 publicou no site “Consultor Jurídico” a matéria “*Alta Programada – quem foi o gênio que estimou tempo de cura para doenças?*”.

Na aludida matéria o autor discorre de forma brilhante e irônica acerca do novo sistema adotado pela Previdência Social, qual seja, a chamada “Alta Programada”, prevista na Orientação Interna Conjunta 1 Dirben/PFE, de 13 de setembro de 2005, senão vejamos, *in verbis*:

“Há pouco tempo quando alguém ficava doente, desde um simples resfriado até as gravíssimas modalidades de câncer, muito dificilmente os especialistas arriscariam definir a data na qual sobreviria a cura. Estimava-se, é claro, que de conformidade com o tratamento; especialmente com as reações do paciente, que sobreviesse melhora progressiva e, afinal, a recuperação da saúde. Tudo, porém, a depender da análise do caso concreto.”

³⁹ “Concessão de auxílio-doença terá novas regras, e benefícios irregulares serão cassados, mesmo após dez anos” – Folha de São Paulo, edição de 25.03.2005, Caderno Dinheiro, página B1.

A sabedoria popular afirma que a cura dos resfriados mais simples não passa de uma semana. Mas, todos conhecemos pessoas que permaneceram muito mais tempo com essa mesma sintomatologia.

Pois bem, a situação está completamente modificada. Possivelmente graças a avanços da medicina, que ainda não foram objeto de divulgação na literatura especializada, a perícia médica do INSS sabe desde o primeiro dia a data certa na qual o segurado recuperará plenamente a sua capacidade de trabalho. E, graças a esse saber, a perícia atesta, com larga antecedência, que a alta se dará naquele dia.

Estamos, portanto, diante daquele que pode ser considerado um dos maiores avanços do conhecimento médico dos últimos 20 séculos ao qual não está se dando o devido crédito.

Quem terá sido o gênio que bolou a estimativa precisa, para cada doença, dos dias que a mesma irá durar? Quem terá respaldado esse gênio, conferindo chancela oficial a tão precisa quanto cabalística iniciativa? E porque, afinal, o manual secreto no qual os alquimistas cunharam esses dados importantíssimos não pode ser objeto de consulta por parte da comunidade científica e tampouco por parte dos principais interessados nos seus efeitos: os doentes?

A situação que acabo de descrever não mereceria nenhuma credibilidade se não estivesse acontecendo todos os dias. A essa inusitada situação as autoridades superiores do INSS deram o adequado nome de alta programada...” (BALERA, 2006).

Discorre ainda o especialista que a Previdência nomeou tal novo sistema como “Data Certa”. Na data adequada, o computador devidamente programado avisa que determinado segurado, até então doente, deve receber alta. A justificativa nada tem a ver com a doença, eis que se trata, mais propriamente, de reduzir custos com a manutenção do benefício do auxílio-doença.

E o autor continua:

“O procedimento da alta programada está atingindo, inclusive, pessoas que se encontram afastadas há diversos anos, que por meros entraves burocráticos não tiveram seu benefício convertido na aposentadoria por invalidez. Sem nova perícia, segurados cuja doença se mantém inalterada há dois, três ou até cinco anos são surpreendidos com a alta programada – insisto, programada pelos computadores – e devem apresentar-se, doentes, ao empregador” (BALERA, 2006).

Na verdade, a maioria das decisões médicas que cessam os benefícios desencadeia a necessidade, por parte dos segurados, de requisição do “pedido de reconsideração”, já com os benefícios cessados; desta forma, os segurados têm de aguardar um novo exame médico-pericial sem estarem recebendo os valores mensais dos benefícios suspensos (GONZAGA, 2006).

9.5 Prova da situação de hipossuficiência econômica para a obtenção de benefício assistencial.

A comprovação da hipossuficiência econômica, requisito necessário à percepção do benefício de assistência social também é obtida mediante prova pericial, qual seja, o laudo, estudo ou parecer social produzido por assistente social designado para tanto.

A bem da verdade, a sistemática legislativa, no tocante aos critérios de pobreza, foge em muito dos caracteres da razoabilidade e da proporcionalidade.

É que nos termos da Lei n.º 8.742, de 07.12.1993, artigo 20, parágrafo 3.º, é considerado incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. Portanto, de acordo com essa norma, pobre seria a pessoa que nos dias atuais conta com menos de oitenta e sete reais ao mês para sua subsistência.

Porém, a análise da situação de miserabilidade deve ser feita em cada caso concreto. O parâmetro da Lei n.º 8.742/93 (§ 3.º, artigo 20), trata de uma presunção absoluta de hipossuficiência econômica, ou seja, a pessoa portadora de deficiência ou idoso que tenha renda por indivíduo inferior a $\frac{1}{4}$ de do salário mínimo, logicamente faz jus ao benefício.

Acima desse parâmetro não há vedação à concessão do benefício, mas a presunção da hipossuficiência é relativa, devendo o magistrado aferir o caso concreto, podendo utilizar-se de outros parâmetros ou normas, como por exemplo, as leis n.º 9.533/97 e n.º 10.219/2001.

Deste modo, as restrições contidas no parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei n.º 8.742/1993 são inconstitucionais na medida em que limitam o comando constitucional, deferindo o benefício apenas aos idosos ou deficientes que obtiverem renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Se, por exemplo, a renda

familiar por pessoa corresponder a 1/3 do salário mínimo, presumir-se-ia só por esta razão que o deficiente ou idoso (ou suas respectivas famílias) teriam condições para prover as próprias subsistências? Com certeza não foi este o espírito da norma constitucional.

A propósito, pertinente é trazer à colação V. Acórdão no qual foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal (artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/1993), por restringir indevidamente o comando constitucional – artigo 203, inciso V da Constituição Federal de 1988, norma que, além de ser ditada de eficácia plena, lhe é hierarquicamente superior:

"Previdenciário. Benefício assistencial. Aplicabilidade do inciso V do artigo 203 – CF/88. Incapacidade comprovada. Renda familiar per capita – inferior a 1/4 do salário mínimo. Inconstitucionalidade. Legitimidade.

I - O inciso V do artigo 203 da CF/88 é norma de eficácia limitada, necessitando de regra integradora que lhe garanta a aplicabilidade.

II - Não merece ser alterado o termo inicial do benefício, eis que a moléstia incapacitante é anterior a data do laudo pericial.

III - A situação de miserabilidade em que vive o autor restou comprovada nos autos.

IV - É inconstitucional a norma contida no artigo 20, da Lei n.º. 8.742/93 que impõe a necessidade de comprovação de que a renda própria ou familiar per capita será inferior a 1/4 do salário mínimo.

V - Nos termos do disposto no artigo 33, da Lei n.º. 8.212/91 c.c. a Medida Provisória

n.º. 1.473/96, artigo 40, o INSS é parte legítima no feito.

VI – Recurso improvido."(AC n.º 94.03.87935, 2ª Turma, DJU, de 6.11.1996, Relator Juiz Aricê Amaral). (grifei)

Diante do exposto, não vislumbro ilegalidade na decisão agravada e recebo o recurso somente no efeito devolutivo.

Oficie-se ao MM. Juiz a quo solicitando informações no prazo legal, bem como, para que informe se o agravante cumpriu o disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil.

Cumpra-se, outrossim, o disposto no artigo 527, inciso III, do CPC, intimando-se o Agravado para resposta no prazo legal.

Intime-se.

São Paulo, 14 de maio de 1999

Desembargadora Federal Silvia Steiner

Relatora"

Assim sendo, o que não pode ocorrer é a negativa de benefício simplesmente pelo fato de não estar o postulante enquadrado naquela condição de miserável absoluto prevista pela Lei n.º 8.742/93, haja vista que a situação de pobreza ensejadora do benefício deve ser aferida em cada caso concreto.

Ou, em outras palavras, a regra contida no artigo 20, parágrafo 3º da Lei n.º 8.742/93, concernente à insuficiência econômica do beneficiário, deve receber uma interpretação que não exclua outros preceitos do ordenamento jurídico relativos a esta comprovação.

10. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

A justificação, *latu sensu*, é a comprovação judicial de algum fato ou relação jurídica feita por meio de inquirição de testemunhas que visa resguardar um direito para posterior comprovação de fato em ação futura.

Segundo Plácido e Silva, é o meio processual pelo qual se intenta provar a existência de fato, ato ou relação jurídica, de que não se possui prova escrita, a fim de que, com ela se instrua pedido formulado em processo regular.

O Código Processual Civil a define no artigo 861: “*Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção*”.

Orlando Soares (1993) define como sendo ato de jurisdição voluntária, não comportando, em rigor, sentença alguma. A que é proferida vale exclusivamente como homologação, sem que o juiz possa entrar em qualquer apreciação sobre o valor da prova produzida. A justificação não é ação cautelar, pois não visa assegurar prova, mas sim constituir prova e não se funda no *periculum in mora*. Não se lhe devem, pois, aplicar os princípios do procedimento cautelar. Mero procedimento de jurisdição voluntária, a justificação é simples meio de documentar prova testemunhal, com eventual cotejo de documentos – prova essa cuja valoração só há de ser feita pelo juiz da ação ou pela autoridade administrativa, perante a qual deve ser utilizada.

Desta forma, é comum, por exemplo, a justificação de fatos concernentes à Previdência Social para instruir pedidos de benefícios previdenciários, comprovando-se a prestação de serviço à terceiro, sem o devido registro como trabalhador, durante certo período.

Orlando Soares (1993) define como sendo ato de jurisdição voluntária, não comportando, em rigor, sentença alguma. A que é proferida vale

exclusivamente como homologação, sem que o juiz possa entrar em qualquer apreciação sobre o valor da prova produzida. A justificação não é ação cautelar, pois não visa assegurar prova, mas sim constituir prova e não se funda no *periculum in mora*. Não se lhe devem, pois, aplicar os princípios do procedimento cautelar. Mero procedimento de jurisdição voluntária, a justificação é simples meio de documentar prova testemunhal, com eventual cotejo de documentos – prova essa cuja valoração só há de ser feita pelo juiz da ação ou pela autoridade administrativa, perante a qual deve ser utilizada.

Desta forma, é comum, por exemplo, a justificação de fatos concernentes à Previdência Social para instruir pedidos de benefícios previdenciários, comprovando-se a prestação de serviço à terceiro, sem o devido registro como trabalhador, durante certo período.

Para Hilário Bocchi Júnior (2003), por sua própria natureza, a justificação judicial, assim como a justificação administrativa, não é o meio mais adequado para comprovar tempo de serviço para fins previdenciários.

Isto porque, segundo ele, sua validade estará subordinada à homologação do Instituto Nacional de Previdência Social, para perante ele se tornar eficaz; e, para que tal ocorra, serão utilizados os mesmos critérios restritivos contidos na Ordem de Serviço DSS n.º 623, de 19.05.1999, para o processamento da justificação administrativa, o que só por si insinua a ineficiência do aproveitamento da justificação judicial.

Além disso, a justificação possui procedimento específico quando não é observado o contraditório, tanto que não se admite defesa nem recurso em que pese a necessidade da citação dos interessados, de modo que não se profere decisão de mérito. Portanto, não faz coisa julgada, apenas formal.

O mesmo autor conclui seu raciocínio, salientando que a justificação judicial consiste apenas na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados sob

os quais se pretende constituir prova, e a juntada de documentos sequer é obrigatória.

Ou seja, a Justificação Judicial é somente mais um meio de prova testemunhal que se produz em juízo voluntário e que será avaliada no conjunto com as demais provas em processo regular. A sentença nela exarada é homologatória, sendo defeso ao juiz adentrar no mérito da questão, o que não ocorre na Ação Declaratória na qual se busca o julgamento do mérito da situação ou do fato que se quer provar.

Por ser tratar de processo de jurisdição graciosa, nele não cabe contestação, nem da sentença cabe recurso, o que, entretanto, não dispensa a citação dos interessados aos quais é lícito contraditar as testemunhas apresentadas, reinquiri-las e até mesmo argüir suspeição, incidindo, *in casu*, as normas dos artigos 407 ao 419 do Código de Processo Civil. Não havendo a quem citar ou não podendo o interessado ser citado, o parágrafo único do artigo 862 do Código de Processo Civil determina que o Ministério Público deve intervir no feito.

Mas, s.m.j., se não há defesa, também não deveria haver citação, de vez que esta pressupõe o cabimento daquela. Melhor ficaria se, em lugar da citação que comporta defesa, houvesse a intimação dos interessados. E tanto porque, como se sabe, a citação é o ato pelo qual se chama a juízo alguém para se defender (artigo 213 do Código de Processo Civil), e intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos do processo para que faça ou deixe de fazer algo. (artigo 234 do Código de Processo Civil).

Ora, se não há contestação e nem da sentença cabe recurso, conforme preleciona o artigo 865, é de se perguntar: qual seria, então, a finalidade da citação? De que forma o interessado poderia impugnar as irregularidades porventura havidas durante o processamento da medida? A resposta oferecida pela doutrina mais abalizada, vem no sentido de que qualquer impugnação ou contraprova haverá de ser feita por ocasião da ação principal, quando o promovente tiver oportunidade de usar a justificação como elemento de instrução da causa.

A prática processual ensina que a presença da parte requerida, nos casos em que a justificação irá servir de prova em pedido futuro, é indispensável. Não concordando com os fatos alinhados, deve o advogado, ao final da audiência, se manifestar no sentido de resguardar o seu direito de impugnar a prova na ação principal. É nela que deverá ser apresentada a contraprova dos fatos alegados e homologados na Justificação.

Para o ingresso com a justificação judicial, assim como qualquer outra medida judicial, não é necessário que tenha ocorrido antes qualquer postulação administrativa. Com efeito, prevê o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Por isso, continua válido o entendimento presente na Súmula n.º 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) de que *“o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”*.

10.1 Justificação administrativa

A Justificação Administrativa tem, na Previdência Social, o objetivo de proporcionar aos segurados e beneficiários do sistema oportunidade para se provar certos fatos ou determinadas circunstâncias, sempre de interesse previdenciário, quando não houver outra forma de comprová-los. Ela é processada perante a própria previdência, sem ônus para o interessado, com a vantagem de economia de tempo. Serve de um modo geral para suprir a falta ou a insuficiência de documento que evidencie tempo de serviço prestado, dependência econômica do instituidor do benefício em relação ao beneficiário, identidade e relação de parentesco. Não será admitida quando o fato que se pretende comprovar exigir registro público de casamento, de idade ou de óbito.

No tocante à natureza jurídica da Justificação Administrativa, insta trazer à colação as considerações do professor Wladimir Novaes Martinez (2002b, p. 45), *ipsis litteris*:

“Tanto quanto a justificação judicial (mas dela diferindo), a justificação administrativa é, substancialmente, meio de prova. Por esse procedimento singular, poderá ‘suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstancia de interesse dos beneficiários, perante a previdência social’ (RPS, art. 142).

Procedimento nitidamente interno, inspirador do semelhante judiciário, de iniciativa do interessado, submetido o resultado à discricção do órgão justificante. Quem verifica os pressupostos, avalia o inicio razoável de prova material e sopesa a validade e a autenticidade do depoimento testemunhal é a autarquia gestora”.

O Regulamento da Previdência Social – Decreto 3.048/99 – define a Justificação Administrativa em seu Capítulo VI, artigo 142: *“A justificação administrativa constitui recurso utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários, perante a previdência social”.*

“Parágrafo 1º: Não será admitida a Justificação administrativa quando o fato a comprovar exigir registro público de casamento, de idade ou de óbito, ou de qualquer ato jurídico para o qual a lei prescreva forma especial.”

O parágrafo 2º o do artigo citado dispõe que *“O processo de Justificação Administrativa é parte de processo antecedente, vedada sua tramitação na condição de processo autônomo”.*

Isto quer dizer que não cabe ao segurado requerer seja processada uma Justificação Administrativa para provar fato de seu interesse. Note-se que o parágrafo supracitado impõe a necessidade de que haja um pedido prévio de benefício e que na instrução deste pedido se verifique a necessidade de complementação de prova através de Justificação Administrativa. E quem faz esta avaliação é o funcionário encarregado de despachar o pedido de benefício.

É que o artigo 151 do Regulamento dos Benefícios da P. Social determina que: *“Somente será admitido o processamento de justificação administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o inicio de prova material apresentado levar a convicção do que se pretende comprovar”.*

Nota-se que o encarregado de despachar o benefício é quem vai analisar se as provas juntadas pelo beneficiário da previdência são de molde a convencê-lo da necessidade ou não do complemento. Sem dúvida que o legislador previdenciário deixou a cargo deste analista, nem sempre com todas as qualificações técnicas necessárias, a tarefa de decidir a continuidade do processo de benefício ou o seu indeferimento.

Neste ponto é que ocorrem, via de regra, os grandes impasses criados entre os analistas previdenciários e os segurados. Isto pois nem sempre tais analistas, principalmente em agências e postos do interior, estão capacitados tecnicamente para avaliar tais necessidades, razão pela qual, quase sempre, à vista de apenas alguns elementos de convicção, indeferem sumariamente os pedidos, gerando, com isso, não só os recursos administrativos, mas, em grande escala, as ações ajuizadas perante a Justiça Federal.

A Justificação Administrativa é processada perante a própria Previdência por intermédio de servidor capacitado, que avalia a prova produzida e verifica a sua autenticidade. O rito é semelhante ao da Justificação Judicial. O segurado, devidamente intimado pela Autarquia, requer, em modelo próprio fornecido pela Instituição, o processamento da justificação, expondo de forma clara e minuciosa os fatos e os pontos que pretende justificar.

O processamento da Justificação Administrativa, nos moldes da antiga CANBS – Consolidação dos Atos Normativos Sobre Benefícios e da legislação em vigor, poderá ser utilizado para prova de subordinação econômica de dependentes em relação ao segurado; para evidenciar a existência de união estável entre companheiros e companheiras; prova de identidade em caso de acentuada diversidade de nomes ou prenomes atribuídos a um mesmo indivíduo; exclusão de dependente preferencial – quando não existir dependência econômica em relação ao segurado – ou pelo inadimplemento de outra condição essencial; para provar a filiação, maternidade, paternidade ou qualidade de irmão ou irmã, na falta dos documentos normalmente admitidos em lei e desde que haja conjunto de elementos de convicção que autorize a presunção da condição vinculativa; para provar a

prestação de serviços em determinada época com fixação do período de atividade e, quando necessário, do valor dos salários percebidos, isso na falta de documentos próprios, ou quando estes se apresentarem obscuros, duvidosos, rasurados ou emendados em pontos essenciais (BOCCHI JÚNIOR, 2003).

As testemunhas, no dia e hora marcados, serão inquiridas a respeito dos pontos que forem objeto da justificação, indo o processo conclusivo, a seguir, à autoridade que houver designado o processante, a quem competirá homologar ou não a justificação realizada.

A homologação da Justificação Administrativa, quanto à forma e ao mérito é de competência da autoridade que consentiu o seu processamento. Cabe ao processante fazer relatório sucinto do que colheu sobre os fatos, opinando conclusivamente sobre a prova produzida, isto é, se foram confirmados, ou não, os fatos alegados, não sendo de sua competência analisar o início de prova material apresentado.

Será avaliada globalmente quanto à forma e ao mérito, valendo perante o Instituto Nacional do Seguro Social para os fins especificamente visados, caso considerada eficaz.

Ademais, todo processamento da justificação administrativa será observado sem ônus, taxas, custas ou despesas processuais para o interessado.

A normatização administrativa utilizada pelo ente autárquico determina que a Justificação Administrativa deva ser processada somente com a apresentação de início razoável de prova material; porém, ao se impor isso, estar-se-á possivelmente excluindo muitas situações não enquadradas nessas hipóteses documentais, mas que poderiam ensejar o reconhecimento de tempo de serviço não documentado.

Outra restrição observada é a de que se for apresentado um único documento, ainda que a prova testemunhal seja idônea, clara e precisa quanto à

prestação de serviços por período maior, o servidor somente poderá homologar o tempo de serviço relativo ao ano a que se referir o aludido documento.

Tais circunstâncias afastam o beneficiário do processamento da Justificação Administrativa ante a existência de um pré-julgamento que mutila a prova antes de sua produção; destarte, aludido meio de prova feita administrativamente perante o Instituto Nacional da Seguridade Social, é bem mais limitado, preferindo-se a busca do Poder Judiciário que não está adstrito a estas regras obstativas do reconhecimento do direito dos segurados, mas sim, ao livre convencimento do magistrado. Este, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável no caso concreto, profere sua decisão, haja vista o princípio da persuasão racional do juiz.

No caso de comprovação de tempo de serviço, é dispensado o início de prova material quando houver ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

Caracteriza motivo de força maior ou caso fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoraonamento, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada por meio da ocorrência policial ou outro registro do fato existente e verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado. Essa correlação é estabelecida em função do ramo de atividade exercido pela empresa e a função executada pelo empregado. Via de regra, deve-se levar em consideração a estrutura organizacional de cada empresa, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, além do ramo específico explorado.

Para efeito de comprovação de tempo de serviço, se a empresa não estiver mais em atividade, deverá o interessado juntar prova oficial de sua existência no período que se pretende comprovar.

Como exemplo de não aceitação pelo Instituto Nacional da Seguridade Social de determinadas situações por intermédio de Justificações

Administrativas, tem-se o caso de um empresário urbano ou rural que não tem meios de comprovar tempo de serviço, valendo-se da Justificação Administrativa para tanto, em vista do registro de sua condição como tal nos órgãos competentes.

A comprovação de tempo de serviço prestado à empresa ainda existente será feita mediante outros recursos, sendo permitida a realização de Justificação Administrativa no caso de sinistro, devidamente registrada a ocorrência à época no órgão competente, e contanto que o tempo seja anterior ao sinistro.

A homologação da justificação judicial processada com base em prova exclusivamente testemunhal dispensa a Justificação Administrativa se complementada com início razoável de prova material, excetuando-se para a comprovação a atividade dos seringueiros, recrutados nos termos do decreto n.º 5.813 de 14.09.43.

10.2 Diferenças entre uma e outra

Embora tenham a mesma finalidade, as diferenças existentes entre o processamento de uma e de outra são bastante significativas.

Enquanto para a Justificação Judicial basta apenas a exposição minuciosa da pretensão e o rol de testemunhas para o seu processamento em Juízo, na Administrativa é necessário que, a par da exposição meticulosa da pretensão, acrescente o beneficiário um “início razoável de prova material”. Note-se, pois, que a Previdência Social não admite prova exclusivamente testemunhal, havendo necessidade da juntada de um início de prova, o qual não precisa ser necessariamente exaustivo – como pretendem alguns. Ou seja, um documento da época em que se deu o fato para cada ano a ser comprovado. Necessária apenas uma prova que pressuponha o princípio e o fim do período a ser comprovado.

Em casos evidentes de força maior ou casos fortuitos, tais como

incêndios, inundações ou desmoronamentos, este início de prova pode ser dispensado, uma vez que tenha sido comprovado por ocorrência policial e verificada a relação entre a atividade da firma atingida e a profissão do segurado.

Ao contrário da Justificação Judicial, a Justificação Administrativa não poderá ser feita de modo autônomo, com base no pedido requerido pelo interessado. Ela somente será processada se provier de processo de benefício ou de pedido de certidão de tempo de serviço.

Note-se também que na Justificação Judicial o Juiz, após a oitiva das testemunhas, e, verificando se foram obedecidas as formalidades legais (artigo 866, parágrafo único do Código de Processo Civil), homologará por sentença o pedido, desde que cumpridas as formalidades legais, sem adentrar no mérito da causa. Não cabe indeferimento, nem recurso.

Já na Justificação Administrativa o pedido somente será deferido se vier acompanhado de início de prova material, e, uma vez processada será a mesma avaliada pelo processante, que poderá, à vista dos documentos corroborados pelos depoimentos, homologar ou não o pedido.

10.3 Momento da produção da justificação administrativa

Consoante a maestria de Wladimir Novaes Martinez (2002b), a justificação administrativa pode ser promovida à frente ou durante o pedido de benefício. Antes, será de natureza cautelar, recomendada nas hipóteses de possibilidade de perecimento do indício de prova ou do depoente. Assim, segundo o autor, é melhor que na ocasião seja requerida junto ao pedido de benefício.

Entrementes, não obstante entendimento diverso, nada impede que seja solicitada posteriormente à concessão com o intento de garantir a manutenção ou conseguir a revisão do valor fixado inicialmente para o benefício.

10.4 *Modus operandi* da justificação administrativa

Sempre que for constatada pela análise da documentação apresentada que determinada prova deva ser produzida ou complementada, conforme o caso mediante Justificação Administrativa, será dada ciência imediata desse fato ao interessado, com explicações detalhadas quanto à razão e ao valor da prova.

Nessa oportunidade ser-lhe-á fornecido o requerimento e dada a orientação para que formule o período de trabalho e o nome da empresa onde trabalhou.

Pois bem. Apresentado o requerimento de Justificação Administrativa devidamente preenchido e acompanhado dos documentos comprobatórios, o mesmo será analisado por um servidor da linha de benefícios, que terá a incumbência de elaborar uma proposta acerca dos documentos juntados e apresentá-la ao chefe de benefícios para que este emita o seguinte despacho:

No caso de tempo de serviço:

a) autorizar o processamento da J.A. para todo o período pleiteado, ante a farta documentação apresentada;

b) autorizar o processamento da J.A. apenas para um período laborado, em virtude de possuir poucos documentos de início de prova material;

c) não autorizar o processamento da J.A., por falta de elementos de convicção.

Em qualquer outro caso diferente da comprovação de tempo de serviço, o despacho da chefia será simplesmente de autorizar ou não o processamento da J.A. para a prova pretendida.

Procedimento formal, a justificação administrativa é deflagrada por meio de pedido do autor, dito justificante. Geralmente, o Instituto Nacional da Seguridade Social fornece formulário-padrão, em que o interessado preenche os claros, qualificando-se, e *“expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar”* (RPS, *caput* do artigo 145). Na oportunidade, arrolará de três a seis testemunhas idôneas, cujos depoimentos deverão levar o órgão gestor à persuasão (MARTINEZ, 2002b).

Em caso de autorização para realização da Justificação Administrativa, será fixada a data de audiência e comunicada ao interessado, devendo este declarar se concorda com o período autorizado, em caso de fracionamento de período de tempo de serviço.

Só será admitido o processamento da Justificação Administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o início de prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar.

Para efeito da comprovação de tempo de serviço as testemunhas deverão ser, de preferência, colegas de trabalho da época em que o requerente exerceu a atividade alegada, pelo fato de terem conhecimento profundo do labor desempenhado pelo segurado e para a melhor elucidação dos fatos.

Cientificado do dia e hora aprazados e do local para a entrevista, quando as testemunhas serão inquiridas em separado a respeito de fatos objeto da justificação, seguindo os depoimentos e documentos exigidos ou já apensados aos autos, com despacho do processante à autoridade competente para homologação ou não. Inicia-se com os termos da assentada, leitura do requerimento do interessado. Também são lidos os testemunhos, antes da assinatura (MARTINEZ, 2002b).

Se a empresa não estiver mais em atividade, deverá ser juntada prova oficial de sua existência no período em que o requerente pretende comprovar o trabalho.

Essa prova poderá ser a Certidão da Prefeitura, da Secretaria da Fazenda do Estado ou da Junta Comercial, da Receita Federal etc., devendo constar o nome do empregador, endereço da empresa, razão social, encerramento, transferência ou falência.

A carteira profissional de ex-colegas, com anotações regulares da época, pode suprir a prova referida no parágrafo acima.

Se a empresa estiver em atividade, a Justificação Administrativa somente será processada se, depois de esgotados todos os outros meios de prova, não ficar comprovado o tempo de serviço pretendido.

A Justificação Administrativa será processada somente quando requerida pelo interessado e perante servidor especialmente qualificado e designado pela chefia do Posto de Benefício, devendo a escolha recair em funcionários que possuam habilidade para a tomada de depoimentos e declarações, além do conhecimento da matéria, objeto da justificação.

Atualmente, o Enunciado 05 do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS determina que o servidor ofereça ao interessado o melhor benefício a que fizer jus, orientando-o nesse sentido.

Sendo assim, após a análise dos documentos e percebendo o servidor que o caso pode ser resolvido mediante a realização de Justificação Administrativa, deverá este, com base no Enunciado n.º 05 do CRPS, comunicar o segurado e oferecer-lhe a oportunidade de suprir a falta ou insuficiência de documentos, por meio da Justificação Administrativa.

O processamento da justificação será realizado sem ônus para o interessado e valerá perante a Previdência Social para os fins especificamente visados, caso considerada eficaz.

Finalmente, o Instituto Nacional da Seguridade Social comunicará o resultado por escrito, concluindo pela: a) eficácia total ou b) parcial ou c) ineficaz para a prova pretendida.

10.5 Testemunhas

Para o processamento de Justificação Administrativa, o interessado deverá apresentar requerimento expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar, indicando testemunhas idôneas, em numero não-inferior a 03 (três) nem superior a 06 (seis), cujos depoimentos possam portar à convicção da veracidade do que se pretende comprovar.

As testemunhas, no dia e hora marcados, serão inquiridas concernente aos pontos que forem objeto de justificação, indo o processo a seguir, já concluso, à autoridade que houver designado o processante, a quem competirá homologar ou não a justificação realizada.

Disciplina o artigo 150 do Decreto Regulamentador, que aos autores de declarações falsas, prestadas em justificações processadas perante a Previdência Social, serão aplicadas as penas previstas no artigo 299 do Código Penal.

Não podem ser testemunhas, conforme preceitua o artigo 146 do Decreto 3.048/99:

I - Loucos de todo gênero;

II - Os cegos e os surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos que lhes faltam;

III - Os menores de dezesseis anos; e

IV - O ascendente, descendente ou colateral, até o terceiro grau, por consangüinidade ou afinidade”.

São parentes até terceiro grau, quer na linha reta, quer na colateral, por consangüinidade ou por afinidade: avô, pai, filhos, netos, irmãos, tios, sobrinhos, cunhados, sogro, genro, nora, padrasto, madrasta e enteados.

Quando se tratar de prova subsidiária de filiação, em que o elemento de convicção for a certidão de batismo – e levando-se em conta que devem ser inquiridos, de preferência, os padrinhos – os limites máximo e mínimo de testemunhas serão considerados em relação a cada dependente.

10.6 Possibilidade de recurso

O artigo 147 do Decreto n.º 3.048/99 dispõe que: *“não caberá recurso da decisão da autoridade competente do Instituto Nacional do Seguro Social que considere eficaz ou ineficaz a Justificação Administrativa”.*

Consoante nos ensina Wladimir Novaes Martinez (2002b), a impossibilidade de duplo grau de jurisdição da justificação administrativa (recurso à JR ou à CAJ) estaria mais bem situada na lei, dada a sua importância. Embora concessão da administração, o dispositivo contraria o amplo direito de defesa.

Mister se faz esclarecer: da decisão negativa de não promovê-la cabe recurso à Junta de Recurso, devendo o mesmo ser apresentado quando do indeferimento do benefício, momento esse em que se abre o prazo de 30 dias para a interposição do recurso, devendo o interessado requerer que a JRPS se manifeste a respeito do assunto.

10.7 Documentos que poderão ser utilizados para a realização da J.A.

Para fins de comprovação de tempo de serviço/contribuição, dependência econômica, união estável etc., na ausência de documentos considerados como prova plena, dentre outros, elencamos alguns documentos que poderão servir como início de prova material, no sentido de realização de Justificação Administrativa.

- Anotações constantes da Carteira Profissional (incompletas);

- Anotações constantes de antigas Carteiras de Saúde ou Fichas Sanitárias (incompletas);

- Anotações constantes de Fichas ou Livros de Registros de Empregados;

- Envelopes de pagamentos, folhas de pagamento, relação de empregados admitidos e demitidos, relação 2/3, RAIS;

- Fichas de Registros dos Sindicatos de Classe – comprovantes de pagamento de Imposto Sindical, feitos na devida época;

- Certificado Militar ou Ficha de Alistamento;

- Título de Eleitor ou Certidão do Cartório Eleitoral informando a profissão declarada na época;

- Carteira de Identidade de Estrangeiro (mod.19);

- Comprovante de abertura de conta na Caixa Econômica Federal ou outro órgão pagador, seja em conta-corrente ou em conta poupança;

- Certidão de Casamento;

- Certidão de Nascimento de filho(s);

- Comprovante de matrícula de filhos na escola;

- Escritura de casa própria, terreno ou qualquer imóvel;

- Certidão de Ação Judicial ou Policial, na qual o segurado tenha sido qualificado como testemunha;

- Notícia(s) publicada(s) em Jornais, desde que relacionadas com o trabalho do segurado;

- Idem, Idem, em revistas;

- Idem, Idem, em programas diversos;

- Ficha(s) de crediário(s);

- Ficha de Inscrição em Associação de Classe ou Clubes Esportivos;

- Declaração de empregos anteriores feita perante as firmas subseqüentes ao período que se quer provar, ou do emprego atual, tratando-se de firma organizada;

- Registro no Departamento de Diversões Públicas, no caso de artistas;

- PGU da Delegacia do Interior para o cobrador de ônibus;

- Carta(s) particular(es), datadas, que façam menção ao emprego ou que se referem ao segurado;

- Prêmios ou troféus com inscrição e data, que mencionem ao emprego ou se referem ao segurado;

- Cadernetas de contribuição do ex-IAPI (devendo apresentar todas elas);

- Guias de recolhimento do ex-IAPC;

- Comprovante(s) de transferência de Contribuições de um Instituto para o outro;

- Perícia Grafotécnica de documentos manuscritos pelo segurado, feita por perito criminal do Instituto de Polícia Técnica;

- Anotações feitas pelo segurado em documentos de empregados da firma, bem como conjunto de elementos formado por notas fiscais, relatórios, notas de pedido, etc.;

- Declaração de Imposto de Renda;

- CNH – Certidão do órgão emissor informando a profissão declarada na época e/ou cópia do prontuário;

- RG – Certidão do órgão emissor informando a profissão declarada na época;

- Certidão de Batismo do qual foi testemunha, acompanhada de declaração da igreja com o respectivo documento em que menciona a profissão declarada;

- Certidão de Casamento do qual foi testemunha, acompanhada de declaração do cartório com os dados citados do proclame de casamento;

- Contrato de Aluguel (quando registrado em cartório) constando profissão, endereço, etc.

- Testamento, Inventário que possa ter mencionado a profissão declarada quando foi feito;

- Fotografias antigas;

- Certidão da Prefeitura Municipal ou do Posto de Fiscalização Estadual que comprove a existência da empresa na qual o segurado deseja provar que trabalhou.

- Exame grafotécnico, realizado por perito inscrito no Instituto de Criminalística ou Associação Brasileira de Criminalística.

Tais documentos podem fornecer elementos importantes quanto à profissão exercida e devem sempre ter a relação empregado/empresa/atividade exercida pelo segurado.

O rol acima apresentado é nitidamente exemplificativo, visto que qualquer outro documento contemporâneo que mencione o nome, data e profissão do interessado pode ser utilizado como início de prova material para fins de realização de justificção administrativa ou para fins de propositura de ação judicial.

Diante dos elementos trazidos acerca da justificção administrativa, conclui-se que a impossibilidade da prova escrita deve ganhar novos contornos, com sobrevalorização, portanto, da prova exclusivamente testemunhal. De fato, a legislação processual previdenciária, muito embora elaborada posteriormente à

Constituição Federal em vigência, parece continuar atada àqueles velhos cânones, merecendo, portanto, ser reinterpretada.

Desta forma, a impossibilidade de trazer aos autos prova documental em decorrência de caso fortuito ou força maior, poderia ser equiparada à impossibilidade de produção probatória documental em decorrência do contexto social adverso (informalidade no trabalho e suas conseqüências: subemprego, desemprego prolongado etc.) em que se inserem os que buscam judicialmente algum dos benefícios a cargo da Previdência Social, atendendo assim aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, consoante determinação contida no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

11. PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

11.1 Conceito de testemunha e testemunho

A distinção entre testemunha e testemunho é trabalhada por Carnelutti (*apud* CARDOSO, 2001, p. 64), pelo entremeio de suas definições acerca de fonte de prova e meio de prova.

Assim, a testemunha é uma fonte de prova na medida em que atua de maneira a ajudar o magistrado a deduzir fato que deve ser provado. Já o testemunho é meio de prova, pois se trata de atividade, seja de percepção ou dedução, mediante a qual o judicante vem a conhecer o fato.

José Frederico Marques (1962, p. 406, v. 3) traz a seguinte definição de testemunha:

“A testemunha é pessoa que figura no processo como terceiro, uma vez que não se enquadra entre os sujeitos processuais, e tampouco entre os auxiliares do juízo”.

Por esta razão é que a testemunha é uma fonte da prova, pois, do conhecimento que ela tem do fato, o magistrado mediante sua oitiva poderá tirar subsídios para a formação de sua convicção.

O testemunho consiste, em outras palavras, no “[...] depoimento, que é a narração da testemunha perante o juiz” (MARQUES, 1962, p. 406, v. 3), o qual deverá conter o que ela percebeu por qualquer um de seus sentidos.

Por isso é que o testemunho é considerado como um meio de prova. Ensina Luciane Cardoso (2001, p. 74):

“Com relação aos meios de prova utilizados, doutrinariamente a prova é classificada em pessoal ou real, conforme os meios usados sejam respectivamente pessoas ou coisas. A prova é pessoal quando resulta de atividade de uma pessoa, como são os depoimentos das testemunhas, entendidos como terceiros diante do processo” (grifamos).

Tecidas tais considerações discorreremos, de forma genérica, acerca da admissibilidade da prova testemunhal.

11.2 Admissibilidade da prova testemunhal

A admissibilidade da prova envolve a possibilidade da mesma ser produzida em juízo. Não se confunde a admissão com a proposição da prova testemunhal.

Neste ponto, pertinente o magistério de Luciane Cardoso (2001, p. 61):

“Um juízo de proposição da prova introduz no processo, tanto pelo autor como pelo réu, um primeiro juízo de verossimilhança destinado ao convencimento inicial do juiz, que deve ponderar e acolher as alegações sobre as propostas probatórias”.

E mais:

“A admissão da prova é ato exclusivo do juiz, que deve pronunciar-se oralmente acerca da matéria (art. 331, § 2.º, na redação da Lei n.º 8.952) ou através de despacho saneador com relação às indicações na inicial (art. 324, fine) e na contestação” (CARDOSO, 2001, p. 62).

Outrossim, a admissibilidade da prova testemunhal não se confunde com a produção da mesma, que se constitui na exteriorização da prova adotando uma série de procedimentos.

Sobre a distinção de admissão, proposição e produção da prova preleciona Moacyr Amaral Santos (p. 281):

“Contudo não parece haver dúvida que a admissão é distinta da proposição e da produção. Basta considerar-se que aquela é ato do juiz, com exclusividade, enquanto que a proposição, geralmente, é ato da parte e na produção atuam, regra geral, aquele e esta”.

Desta feita, a admissão da prova, como ato do magistrado está embasada em norma posta no *Códex Processual Civil*, artigo 130, que prescreve, *in verbis*:

“Art. 130. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.*

Segundo Moacyr Amaral Santos (p. 280), a admissibilidade da prova constitui-se no primeiro contato que o judicante tem com a mesma. E mais:

“Trata-se, apenas, por assim dizer, da recepção da prova, que poderá ser acolhida sob condições, como poderá, liminarmente, ser repelida, consoante o meio de prova proposto e o objeto da prova”.

Também:

“A admissão é ato do juiz, exclusivamente seu, como o é a avaliação ou estimativa da prova. Aliás, é ato de direção do processo, que lhe cabe no processo baseado nos princípios do sistema dispositivo e, com mais força de razão, baseado no sistema em que predomina o princípio da autoridade” (SANTOS, p. 282).

Especificamente em relação à admissibilidade da prova testemunhal, tem-se a regra geral de que ela sempre será admissível, consoante prescreve o artigo 400 do *Código de Processo Civil* citado abaixo:

“Art. 400. *A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:*
I – já provados por documentos ou confissão da parte;
II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

Deste modo, o próprio artigo supracitado traz exceções relativas à admissibilidade da prova testemunhal, pois inútil seria a produção oral testemunhal quando o fato já estiver provado nos autos por documentos ou pela confissão da

parte, ou quando o fato puder, tão-somente, ser provado por prova documental ou prova pericial.

Igualmente, na admissibilidade da prova o magistrado deverá atentar-se para a capacidade daqueles que irão ser testemunhas. De acordo com a norma plasmada no artigo 405, *caput*, do Código de Processo Civil, poderão depor como testemunha todas as pessoas, excepcionando-se as incapazes, as impedidas ou as suspeitas.

Moacyr Amaral Santos (2004, p. 454, v. 2) examina:

“Acentuou-se, no conceito de testemunha, que esta deve ser pessoa capaz e estranha ao feito. Não preenchendo essas condições, a pessoa não se acha habilitada ao exercício da função de testemunhar”.

Todavia, tal restrição aos incapazes, impedidos ou suspeitos não é absoluta, conforme se pode inferir do acórdão abaixo:

*“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO NA FORMA INSTRUMENTALIZADA – Prestação Alimentar. Prisão Civil. Certeza de Inadimplência. Validade da Prova Produzida Por Descendentes. 1) A prisão civil, decorre da inadimplência com a prestação alimentar é medida odiosa, porém necessária a proteção dos interesses dos menores. 2) Na forma do art. 405, do CPC, são incapazes e/ou impedidos os menores, descendentes do prestador de alimentos, de modo que, a priori, nenhuma validade seria emprestada a seus depoimentos ou provas por eles produzidas. **Há casos, porém em que não se pode dispensar a ouvida de testemunha, ainda que incapaz suspeita ou impedida.** Entre estes, os fatos domésticos e os ocorridos em lugar onde não possam ser presenciados por testemunha, bem como aqueles que respeitam a direitos indisponíveis, que devem ser elucidados da maneira como possível, ainda que para tanto o juiz tenha que não compromissar a testemunha e receber seu depoimento com a cautela que a prudência e a serenidade aconselham que ele tenha. 3) Aravo não provido”.*⁴⁰ (grifamos).

Importante a observação da capacidade da testemunha, pois ela determinará a possibilidade de a instrução ser realizada sem qualquer pecha que possa vir a elidir a imparcialidade e justiça que devem estar presentes no julgamento do magistrado.

Cite-se a lição de Taruffo e Micheli (*apud* CARDOSO, 2001, p. 85):

⁴⁰ TJAP – Agr 027698 – Câmara Única – Macapá – Rel. Juiz Edinaldo Souza – DJAP 17.02.1999.

“Os limites legais à admissão das provas condicionam não só o direito das partes de se servirem delas, mas a possibilidade de a instrução chegar a dar ao juiz elementos de convicção suficientes para um julgamento verídico”.

Também o próprio texto processual pátrio traz prescrições acerca da prova **exclusivamente** testemunhal.

O artigo 401 do Código de Processo Civil traz a seguinte prescrição:

“Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.⁴¹

Todavia, o rigor de tal proibição não é absoluto, havendo exceções que são previstas no próprio Código de Processo Civil.

O artigo 402 do diploma processual civil traz uma exclusão ao determinar que:

*“Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal quando:
I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;
II – o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel”.*

Sobre o inciso I do artigo supracitado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim o aplicou, consoante decisão abaixo:

“402 JCCB.940 JCCB.939 PROCEDIMENTO MONITÓRIO – CHEQUE SEM FORÇA EXECUTIVA – DÍVIDA – QUITAÇÃO – ALEGAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA IDÔNEA – VALOR SUPERIOR A DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – INADMISSIBILIDADE – Em sede de procedimento monitorio, o ônus da prova cabe àquele que pretende modificar o pedido do autor, a teor do disposto no art. 333, II, do CPC – No procedimento monitorio, em que o réu pretende provar pagamento de dívida, cujo valor é superior a dez salários mínimos vigentes no país ao tempo em que o negócio se formalizou, não se admite prova exclusivamente testemunhal, por ser necessário um começo de prova escrita, ou a existência de documento emanado da parte

⁴¹ Norma semelhante foi prevista no Código Comercial, do ano de 1853, no artigo 123, *in verbis*: “A prova de testemunhas, fora dos casos expressamente declarados neste Código, só é admissível em juízo comercial nos contratos cujo valor não exceder a quatrocentos mil-réis. Em transações de maior quantia, a prova testemunha somente será admitida como subsidiária de outras provas por escrito”.

*contra quem se pretende sua utilização. Aplicação dos arts. 401 e 402 do CPC – Na ausência de prova idônea de quitação do débito, persiste a dívida cobrada. Interpretação dos arts. 939 e 940 do Código Civil”.*⁴²

Acerca do inciso II do artigo 402, em testilha, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim decidiu:

*“DIREITO CIVIL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE COBRANÇA – EMPRÉSTIMO ENTRE PARENTES – CONTRATO VERBAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL – POSSIBILIDADE – 1. É possível a solução da controvérsia fundada na existência ou não de contrato verbal de mútuo entre parentes com base em prova exclusivamente testemunhal, mesmo quando a testemunha seja também parente de ambas as partes. 2. Primeiro, porque somente há impedimento quando se tratar de parentesco, no grau colateral, até o terceiro grau. E os primos, como se sabe, são parentes em quarto grau, não havendo que se falar, pois, em impedimento. Segundo, porque, ainda que o parentesco impedisse a oitiva da testemunha, em se tratando de testemunha que tenha relação de parentesco com ambas as partes, desaparece a causa de impedimento, sendo válido o depoimento da prima da autora e da ré. Terceiro, porque a prova exclusivamente testemunhal é válida nos contratos cujo valor não exceda a dez salários mínimos – E esta causa se refere a uma importância que não chega a três salários mínimos (art. 401, do CPC). E quarto, finalmente, porque é admissível a prova testemunhal, qualquer que seja o valor do contrato, quando o credor tenha ficado impedido de obter a prova escrita da transação, em casos como o de parentesco (art. 402, inciso II, do CPC). 3. Recurso conhecido e improvido”.*⁴³

Ressalta-se que a norma constante do artigo supracitado se aplica ao pagamento e à remissão da dívida, ex vi do artigo 403 do Código de Processo Civil.

Outra exceção é prevista no artigo 404, do Código de Processo Civil:

*“Art. 404. É ilícito à parte inocente provar com testemunhas:
I – nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada;
II – nos contratos em geral, os vícios do consentimento”.*

No que diz respeito à aplicabilidade do artigo 404 do Código de Processo Civil, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“CONTRATOS POR ESCRITURA PÚBLICA – ADMISSIBILIDADE DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL PARA A DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DA VONTADE CAPAZ DE INVALIDÁ-LOS – Aplicação

⁴² TAMG – AC 0279328-4 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Kildare Carvalho – J. 26.05.1999.

⁴³ TJDF – ACJ 65999 – T.R.J.E. – Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis – DJU 14.04.2000 – p. 141.

*do art. 404 do CPC, que afasta o princípio do art. 401 do mesmo CPC (e que corresponde, em sua substância, ao art. 141 do CC), até porque os dois últimos dizem respeito à prova do contrato, ao passo que aquele concerne à de fatos (como os vícios da vontade) que acarretam a invalidade dele”.*⁴⁴

Portanto, a prova testemunhal, no processo civil, é sempre admissível, havendo, porém, a produção de prova **exclusivamente testemunhal**, nos casos listados no *codex* Processual.

11.3 Da prova exclusivamente testemunhal no processo previdenciário e a inconstitucionalidade do artigo 55, § 3.º da lei n.º 8.213/91

É o que dispõe o artigo 55, § 3º da Lei n.º 8.213/91, *ad litteram*:

“§ 3º. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos dessa Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”.

Pois bem. Primeiramente, mister se faz apresentar a definição de alguns pontos importantes, mencionados no dispositivo acima, que são: início de prova material, caso fortuito e força maior.

Iniciaremos pelo caso fortuito. Segundo Wladimir Novaes Martinez (2001a, p. 350, T. III), *“caso fortuito é aquele imprevisível e sobre o qual também o homem não tem domínio e capacidade de controlar”.*

O caso fortuito é aquele que decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes, como por exemplo, motim. É, portanto, um acontecimento humano, imprevisível, que não pode ser controlado pelo próprio agente.

⁴⁴ STF – RE 96.403-7 – Rel. Min.º Moreira Alves – DJU 07.05.1992.

A força maior também é todo acontecimento inevitável. A Consolidação das Leis do Trabalho traz no *caput* do artigo 501, a seguinte definição de força maior, *in verbis*:

“Art. 501. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”.

Wladimir Novaes Martinez (2001a, p. 350 T. III) traz a seguinte ponderação:

“Para a CLT, a força maior é todo acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 501). Embora previsível, é inesperada”.

Assim, a força maior constitui-se em um acontecimento natural. Destaca-se que de Plácido e Silva (*apud* MARTINEZ, 2001a, p. 350, T. III) chega a equiparar a força maior ao caso fortuito.

O artigo 143, § 2.º do Decreto n.º. 3.048/99 traz a seguinte prescrição:

“§ 2.º Caracteriza-se motivo de força maior ou caso fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoroamento, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada mediante registro da ocorrência policial feito em época própria ou apresentação de documentos contemporâneos dos fatos, e verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado”.

Tecidas as considerações atinentes ao caso fortuito e à força maior, passaremos à análise do conceito de “início razoável de prova material”.

O início razoável de prova material constitui-se em elementos iniciais que apontam para o fato que se pretende provar. Segundo Sérgio Pinto Martins (2004a, p. 464), *“Ao se utilizar a expressão ‘início razoável de prova material’, não se quer dizer que a prova do fato deve ser feita à exaustão”.*

Desta feita, afigura-se imprecisa a redação do artigo 151 do Decreto n.º. 3.048/99, *in fine*, que prevê a justificação administrativa tão-somente quando o início da prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar.

Ora, se o início da prova material tiver o condão de **levar à convicção** do fato que se pretende provar, não será início, mas sim, prova robusta e exauriente.

Desta forma, o início razoável de prova material a que se referem a Lei n.º 8.213/91 e o Decreto n.º 3.048/99 deve ser entendido dentro de uma ótica de bom senso, atentando-se para o fim colimado pelo legislador.

Para esclarecimento, cita-se o *decisum* do Superior Tribunal de Justiça:

*“PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA – RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL – INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL – EXISTÊNCIA – LEI 8.213/91, ART. 55, § 3º – 1. O início razoável de prova material, prescrito pela Lei 8.213/91 como condição para o reconhecimento do tempo de serviço, rural ou urbano, pode se limitar à atividade profissional referida, conquanto se comprove o período mínimo exigido em lei por qualquer outro meio de prova idôneo, dentre elas a testemunhal. 2. A valoração da prova testemunhal quanto à atividade que se busca reconhecer, é válida se apoiada em início razoável de prova material, assim considerados a Certidão de Casamento e o Certificado de Reservista, onde constam a respectiva profissão. 3. Recurso não conhecido”.*⁴⁵

A decisão em debate mostra que havendo uma certidão de casamento ou certificado de reservista ambos podem ser considerados início razoável de prova material para prova da profissão. Não se faz necessária a existência de comprovação exaustiva para a prova de um fato.

Menciona-se, outrossim, a decisão prolatada pelo Juiz Federal de 1.º Instância, da 2.ª Vara Federal da cidade Bauru, Dr. José Francisco da Silva Neto:

“A conjugação das provas materiais contidas no procedimento administrativo e das provas testemunhais, fls. 76 e 77 dos autos, são suficientes para a formação

⁴⁵ STJ – RESP 252535 – SP – 5ª T. – Rel. Min.º Edson Vidigal – DJU 01.08.2000 – p. 00328.

da convicção, cumprindo com o estabelecido pelo regramento jurídico atinente à espécie.

“In casu”, a prova testemunhal, está devidamente complementada com início razoável de prova material da residência, local de trabalho e profissão do autor”.⁴⁶ (grifamos)

Sobre o assunto em tela escreveu Wladimir Novaes Martinez (2001a, p. 540, T. II) com notável clareza:

“A expressão “início de prova material” desdobra-se em três partes: a) deve ser incipiente, dispensada a prova exaustiva; b) deve ser razoável, isto é, ser acolhida pelo senso comum; e c) deve ser material, não se aceitando a apenas testemunhal”.

Para corroborar, cita-se outra decisão do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

“PREVIDENCIÁRIO – RURÍCOLA – APOSENTADORIA POR IDADE – COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO MÍNIMO – INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL – INDISPENSABILIDADE – LEI 8.213/91, ART. 55, § 3º – 1. A concessão de aposentadoria por idade a rurícola depende de início razoável de prova material da atividade laborativa, assim considerada a Certidão de Casamento, na qual consta a profissão de lavrador do requerente ou do seu cônjuge no período considerado. Precedentes deste STJ. 2. Declaração firmada por Sindicato de Trabalhadores Rurais, sem a firma reconhecida de seus subscritores e sem a homologação por membro do Ministério Público ou agente do INSS, não é apta à comprovação do tempo de serviço rural. Benefício que não deve ser concedido apenas à Alzira Maria da Conceição Souza. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”.⁴⁷

O acórdão acima tem o mérito de mostrar que o início razoável de prova material deve possuir credibilidade sobre sua autenticidade e veracidade. Note-se que uma declaração firmada pelo Sindicato, sem as formalidades legais, não se constitui em meio idôneo para tornar tal documento como razoável de prova material.

Defronte essas considerações, fica fácil entendermos a Súmula nº. 149 do Superior Tribunal de Justiça que determina o seguinte:

“**Súmula 149.** A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

⁴⁶ Sentença nos autos n.º 95.1303664-2.

⁴⁷ STJ – RESP 253405 – CE – 5ª T. – Rel. Min.º Edson Vidigal – DJU 14.08.2000 – p. 00198.

Desta feita, vemos que a prova exclusivamente testemunhal não pode ser usada para suprir falta de documento ou efetuar prova de ato do interesse do beneficiário ou empresa.

Bem assim, diversas decisões foram prolatadas pelos Tribunais nesse sentido, como se pode depreender abaixo:

*“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – TRABALHADOR URBANO E RURAL – TEMPO DE SERVIÇO – COMPROVAÇÃO PARA OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA – ADMISSIBILIDADE – JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – LIMITE – PROVA MATERIAL – CARACTERIZAÇÃO – ANOTAÇÃO DA CARTEIRA PROFISSIONAL – SÚMULA N.º 27 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE – 1. A Ação Declaratória presta-se à comprovação de tempo de serviço para obtenção e aposentadoria previdenciária porque, por meio dela, o autor busca eliminar a incerteza do direito a esse benefício. 2. A Justificação Judicial, além de destinar-se, tão-somente, a “servir de prova em processo regular” e, portanto, sujeita ao livre conhecimento do juiz como qualquer outra prova, não admite em sua tramitação defesa nem recurso. (Código de Processo Civil, arts. 131, 861 e 865). 3. Documento contemporâneo ao exercício de atividade laboral constitui início razoável de prova material a autorizar, para concessão de aposentadoria, o reconhecimento do tempo de serviço respectivo. (Lei n.º 8.213/91, art. 55, § 3º). 4. A Carteira Profissional anotada com contrato de trabalho constitui prova hábil da qualidade de trabalhador urbano. 5. **‘Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural (Lei n.º 8.213/91, art. 55, parágrafo 3º).’ (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Súmula n.º 27).** 6. Apelação e Remessa Oficial provida em parte. 7. Sentença reformada parcialmente”⁴⁸ (grifamos).*

Também se apresenta a posição do próprio Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR IDADE – TRABALHADOR RURAL – PROVAS MATERIAL E TESTEMUNHAL – A comprovação da qualidade de trabalhador rural, através de início razoável de prova documental, enseja a concessão de benefício previdenciário. A disposição contida no § 3º do artigo 55 da Lei n.º 8.213/91, no sentido de ser inadmissível prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço, é inaplicável, in casu, porquanto a condição de trabalhador rural restou demonstrada através de início razoável de prova material. Recurso não conhecido”⁴⁹.

Todavia, tal posicionamento não pode ser considerado pacífico, e muito menos constitucional. Isto porque, a especialidade do Direito Previdenciário,

⁴⁸ TRF 1ª R. – AC 01000872815 – MG – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Catão Alves – DJU 24.06.2000 – p. 12

⁴⁹ STJ – REsp 235509 – CE – 5ª T. – Rel. Min.º Jorge Scartezini – DJU 21.02.2000 – p. 176.

tanto na órbita material quanto processual, revela institutos peculiares e autônomos, pelos quais se sobressai a independência de qualquer outro ramo do Direito.

Tal independência deságua na elaboração de normas previdenciárias colidentes com normas processuais e até constitucionais.

O polêmico § 3º do artigo 55 da Lei n.º 8.213/91⁵⁰, dispõe expressamente que é inadmissível a comprovação do tempo de serviço mediante única e exclusiva prova testemunhal, e que esta somente será válida se houver prova material que lhe dê suporte.

Ocorre que, ao se entender que a lei estabelece uma restrição à prova testemunhal (mesmo se produzida em juízo) direcionada contra a Previdência Social e destinada à obtenção de benefícios, teríamos que concluir por sua inconstitucionalidade.

Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Lei Maior assegura *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

Em verdade, não seria razoável concluir que a legislação previdenciária derogou o artigo 332 do Código de Processo Civil, segundo o qual *"Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa"* – retirando da livre convicção do juiz a prova testemunhal em situações onde, costumeiramente, seria a única possível.

Não se pode olvidar ainda, que, nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige. Assim, a Lei Previdenciária, no concernente à prova, não poderá

⁵⁰ Art. 55, § 3º, Lei nº 8.213/91 – “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo motivo de força maior ou caso fortuito, conforme o disposto no Regulamento.”

receber interpretação que implique em dificultar o acesso do trabalhador aos benefícios previdenciários. Ao contrário, deve ser interpretada no sentido de que facilitou o acesso ao prever a prova do exercício de sua atividade por meio da simples justificação, seja ela judicial ou administrativa, que deve ser aceita pela Autarquia.

Não obstante opiniões em sentido contrário, a lei não poderá impedir que se prove em juízo, por via ordinária, o exercício de atividade exclusivamente por intermédio de testemunhas, para fins de obtenção de benefício previdenciário; caso ela se direcione à restrição da prova exclusivamente testemunhal, seu comando há de ser afastado, por inconstitucional.

É cediço que, muitas vezes, a única maneira possível de comprovação de tempo de serviço é via testemunhas, não podendo a lei, o regulamento, bem como o juízo em processo judicial preterir este tipo de prova, sob pena de estar desprezando o acesso do segurado ao Judiciário.

Ora, as provas têm por única finalidade a apuração da verdade, e se o segurado possui testemunhas hábeis para provar o alegado, esta prova deve ser colhida e valorada a teor do próprio artigo 332 do Código de Processo Civil já mencionado, sendo incabível que legislação previdenciária, em total desacordo com o Código de Processo Civil, preveja sua inadmissibilidade.

A inadmissibilidade da prova exclusivamente testemunhal viola o princípio do devido processo legal, que pressupõe um juiz imparcial e independente que haure sua convicção dos elementos de prova produzidos no curso da ação, além de atentar contra a regra do artigo 131 do Código de Processo Civil, segundo a qual o juiz apreciará livremente a prova.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial, que teve como relator o Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, assim decidiu:

“Resp – Constitucional – Previdenciário – Prova – Lei n.º 8.213/91 (art. 55, 3.º) – Decreto n.º 611/92 (arts. 60 e 61) – Inconstitucionalidade.

*- O Poder Judiciário só se justifica se visar a verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída, notadamente quando for a única hábil a evidenciar o fato. Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do Direito. Tal acontece com os chamados “bóias-frias”, muitas vezes, impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira. Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringir-se-á a busca da verdade real, o que não é inerente do Direito Justo. Evidente inconstitucionalidade da Lei n.º 8.213/91 (art. 55, § 3.º) e do Decreto n.º 611/92 (art. 60 e 61)”.*⁵¹

Outrossim, em outro julgamento, o mesmo Superior Tribunal de Justiça prolatou a seguinte decisão:

*“RESP – PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA – TEMPO DE SERVIÇO – PROVA TESTEMUNHAL – PROCESSUAL CIVIL – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – FIXAÇÃO – 1. A Constituição da República admite qualquer espécie de prova. Há uma restrição lógica: obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Note-se: integra o rol dos direitos e garantias fundamentais. Evidente a inconstitucionalidade da Lei 8.213/1991 (art. 55, par. 1º) que veda, para a comprovação de tempo de serviço, a prova exclusivamente testemunhal. A restrição afeta a busca do direito justo. O STJ entende em sentido contrário. Por política judiciária, ressaltando o entendimento pessoal, venho subscrevendo a tese majoritária. 2. Os honorários de advogados, no caso do art. 20, par. 4º, CPC devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta particularidades do processo. A fixação do percentual baseia-se em elementos de natureza probatória, disponíveis aos julgadores a quo. 3. No caso dos autos, há particularidade, significativa para o deslinde da questão. O autor, beneficiário da assistência judiciária, não teve despesas com profissional. Recomenda-se, por isso, redução dos honorários, excluindo-se as parcelas vincendas”.*⁵²

Da mesma forma, o Tribunal Regional Federal da 3ª. Região em julgamento de apelação civil⁵³ pronunciou-se favorável à admissão de prova exclusivamente testemunhal.

O relator de tal decisão, desembargador Federal André Nabarrete teceu as seguintes considerações:

“A par de, em caso, ter o apelado procedido à juntada de documentação e, então, instruído o seu pedido, o postulado de que a prova exclusivamente testemunhal

⁵¹ STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 66.031/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, j. 27/03/96, DJU 01/07/96.

⁵² STJ – REsp 125.611 – SP – 6ª T. – Rel. Min.º Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 12.08.1997 – p. 36297.

⁵³ Ap. Cív. n.º 446861.

*não basta à comprovação da atividade rural, para fins previdenciários, inscrito na Súmula n.º 149 do STJ, ignora a realidade do campo, onde as relações de trabalho sempre foram marcadas pelo informalismo, a ausência de registro escrito e desatenção às exigências legais. Viola, também, o princípio do devido processo legal, que pressupõe um juiz imparcial e independente, que haure sua convicção dos elementos de prova produzidos no curso da ação. Atenta, outrossim, contra a regra do artigo 131 do CPC, segundo a qual o juiz apreciará livremente a prova e contra o comando do artigo 332 do referido estatuto”.*⁵⁴

E mais:

*“Ainda é certo, se não fosse suficiente, que o artigo 5.º, inciso LVI da Carta Magna admite quaisquer provas, desde que não obtidas por meios ilícitos. Assim, válida a prova testemunhal, que não pode ter sua eficácia limitada por não vir acompanhada de início da documental, sob pena de cercear-se o poder do juiz, relativamente à busca da verdade e sua convicção quanto a ela”.*⁵⁵

Mas afinal, qual a melhor solução a ser adotada?

A solução parece estar afeta à questão da hierarquia das normas e da supremacia da Constituição Federal sobre as normas infraconstitucionais.

Segundo José Afonso da Silva, nossa Carta Política constitui-se na lei fundamental e suprema do país e, por conseguinte, *“Toda a autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competência governamentais”.*⁵⁶

E mais:

*“Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.*⁵⁷

Isso significa que a Constituição Federal é o elemento principal no ordenamento jurídico pátrio que tem o condão de dar validade às normas que se encontram abaixo na hierarquia.

⁵⁴ TRF 3.ª Região, Apelação Civil n.º 446861, Rel. Des. Federal André Nabarrete, Revista TRF 3.ª Região, vol. 48, jul e ago/2001, p. 200.

⁵⁵ TRF 3.ª Região, Apelação Civil n.º 446861, Rel. Des. Federal André Nabarrete, Revista TRF 3.ª Região, vol. 48, jul e ago/2001, p. 201.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 46.

⁵⁷ *Ibidem*, mesma página.

A par dessas considerações, a norma constante do inciso LVI do artigo 5º. da Constituição Federal insurge-se como verdadeira pedra angular do sistema processual brasileiro, no tocante às provas. Pela redação do citado dispositivo, são inadmissíveis no processo as provas que forem obtidas por meios ilícitos.

Segundo Alexandre de Moraes (1998, p. 257), tais normas são “[...] *aquelas colhidas com infringência às normas do direito material*”. A operação lógica parece simples: se as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, *a contrario sensu*, as normas obtidas pelos meios lícitos são admissíveis.

Ainda segundo Alexandre de Moraes (1998, p. 257), “*A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico*”.

Se, portanto, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos constitui um direito fundamental daquele que participa de um processo judicial ou administrativo, também temos que, de outra forma, assenta o direito de produzir toda e qualquer prova lícita para a defesa de seu direito.

Se a prova ilícita é prova inidônea, a prova lícita não o é. Cite o julgamento da AP 307-3-DF, no voto do Ministro Celso de Mello (*apud* MORAES, 1998, p. 258):

“...A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica”.

Desta feita, uma norma infraconstitucional consubstanciada por um dispositivo de uma lei ordinária, ou ainda de um decreto, não pode, de modo algum, restringir o alcance da norma constitucional.

O inciso LIV do artigo 5º. prevê, de forma taxativa, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal. Esse mesmo processual pressupõe, de um lado, o resguardo quanto às provas obtidas por meios ilícitos e, por outro lado, a possibilidade de produção de provas lícitas, com o desiderato de garantir o bem jurídico pretendido, seja a aposentadoria, seja o reconhecimento de um tempo de serviço efetivamente trabalho para fins de averbação, etc.

Em outras palavras, a norma constante do artigo 55, § 3º. da Lei n.º 8.213/91, artigo 108 do mesmo dispositivo, e outros similares, são flagrantemente inconstitucionais pois restringem a liberdade de produção de prova no processo judicial ou administrativo, o qual teve como única limitação constitucional a produção de provas obtidas por meios ilícitos.

Outrossim, cite-se que a Seguridade Social tem como princípio de interpretação, a regra consubstanciada no brocardo latino *in dubio pro misero*. Neste sentido, Wladimir Novaes Martinez (2001b, p. 101, T. I) afirma que “*Ocorrendo a dúvida realmente, e se ela refere-se à proteção, afirma-se como conclusão, deve ser resolvida a favor do beneficiário*”.

Ou melhor, no processo previdenciário o magistrado deve atentar para as condições do postulante, sobretudo aqueles que laboraram no meio rural, onde, conforme já salientado, imperaram o informalismo e a sujeição do trabalhador aos ditames patronais, ocasionando a incapacidade daquele em obter registro ou qualquer prova material de seu trabalho.

Se há impossibilidade de reunir um início de prova material para a dúvida, devendo, em prol do trabalhador, admitir-se a prova exclusivamente testemunhal, afastando totalmente as normas infraconstitucionais que restringem tal prova, quando produzida sozinha.

Ademais, a Seguridade Social se assenta no princípio da igualdade e na uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

Sabe-se que, de forma absoluta, nunca houve igualdade entre urbanos e rurais em matéria previdenciária, sobretudo pelo fato, já ressaltado, de imperar no meio rural, em épocas não muito remotas, o informalismo, que relegou milhares de trabalhadores brasileiros à margem do sistema previdenciário, ante a falta de registro em carteira profissional.

Desta feita, o tratamento desigual aos desiguais afigura-se como medida de justiça, na proporção em que propicia ao trabalhador rural o acesso a direitos que o próprio sistema econômico e social lhe havia negado.

Mas tal igualdade não se aplica tão-somente nas relações entre urbanos e rurais: apõe-se, igualmente, entre trabalhadores urbanos e entre rurais, pois é sabido que mesmo no meio urbano existiram e ainda subsistem situações de informalidade, sobretudo em época de crises econômicas, com grande desemprego.

A admissão da prova exclusivamente testemunhal no processo previdenciário vem, portanto, harmonizar os princípios exarados na Constituição Federal, bem como os Princípios Gerais do Direito, a fim de produzir uma Justiça realmente genuína ao trabalhador brasileiro, sem manchas de juristas pseudo-intelectuais que aplicam a norma jurídica destoadada da realidade social do Brasil, como brilhantemente salientado pelo Desembargador Federal André Nabarrete, em decisão alhures mencionada, para quem a Súmula n.º 149 do Superior Tribunal de Justiça mostra a alienação dos ministros daquele Tribunal com a realidade vivida pelo homem do campo e, de forma geral, pelo trabalhador brasileiro.

Assim, em consonância com os primados constitucionais sobre a prova, tem-se que a jurisprudência deve atualizar esse preceito, alargando o máximo possível a admissibilidade da prova testemunhal. Quer dizer, não se pode ater

somente às duas hipóteses legais de sua admissibilidade, posto que são muito conservadores os simples conceitos de “caso fortuito” ou “força maior”.

Isto pois, na realidade, a impossibilidade de se produzir prova material ocorre muito especialmente em virtude da situação de inferioridade social dos litigantes.

Em verdade, a legislação processual previdenciária, embora elaborada posteriormente à Carta Constitucional, parece continuar atada àqueles velhos cânones, devendo ser igualmente reinterpretada nos termos ora propostos.

Cabe destacar que a posição jurisprudencial caminha no sentido de reconhecer a possibilidade da prova exclusivamente testemunhal visando à comprovação do tempo de serviço para efeitos previdenciários, conforme se demonstra pelo v. aresto abaixo:

*“A exigência de prova escrita, com relação aos rurícolas, deve ser abrandada, sobretudo quando a alegação da parte vem respaldada por depoimentos coerentes, firmados por pessoas idôneas, e o réu, presente a todos os atos, não refutou a prova apresentada”.*⁵⁸

De outra parte, em vários julgados se vislumbrou a lacuna legislativa para a permissão da prova exclusivamente testemunhal no contexto socioeconômico em que estão inseridos os postulantes do benefício previdenciário envolvido. A título de exemplo, já se decidiu que *“a realidade fática vivida pelos rurícolas não se coaduna com a exigência de prova documental, admitindo-se os depoimentos testemunhais isolados como suficientes a comprovar tempo de serviço na atividade rural”*.⁵⁹

⁵⁸ TRF da 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Dês. Fed. Célio Benevides, j. 03.06.1997, DJ 25.06.1997, p. 48.227. Da mesma corte: AC 1999.61.12.001985-9, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Aricê Amaral, j. 10.04.2001, DJU 13.06.2001, p. 291; AC 92.03.062271-3, 5ª Turma, Rel. Desa. Suzana Camargo, j. 16.11.1998, DJU 27.06.2000, P. 656. TRF da 4ª Região – AC 97.04.034054-0, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, j. 10.12.1998, DJ 13.01.1999, p. 336; AC 97.04.069973-5, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Nylson Paim de Abreu, j. 28.04.1998, DJ 13.05.1998, p. 781; AC 97.04.011335-8, 5ª Turma, Rel. Desa. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, j. 25.06.1998, DJ 29.07.1998, p. 523. Do TRF da 5ª Região – AC 97.05.037605-0, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Castro Meira, j. 09.12.1999, DJ. 11.02.2000, p. 422.

⁵⁹ TRF da 3ª Região, AC 96.03.032705-0, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Pedro Rotta, j. 17.03.1997, DJ 05.08.1997, p. 59.433. Da mesma Corte e no mesmo sentido: AC 96.03.066435-9, 5ª Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Alda Caminha, j. 16.12.1996, DJ 20.05.1997, p. 35.555.

Do entendimento manifestado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região,⁶⁰ tem-se que a prova exclusivamente testemunhal “*é idônea para comprovar o exercício de atividade rural, na ausência de prova material, em face da precariedade das condições de vida do trabalhador rural*”.

De fato, a sobrevalorização da prova exclusivamente testemunhal não deve ocorrer apenas em razão de ordem meramente processual ou procedimental; isto porque, há um aspecto importantíssimo a ser observado, qual seja, o caráter *substantivo* do postulado, que lhe é superior, o qual impõe a proteção efetiva ao próprio núcleo dos direitos fundamentais. Aludida sobrevalorização da prova exclusivamente testemunhal é muito bem elucidada por Marco Aurélio Serau Júnior (2004, p. 133), *ipsis litteris*:

“Notadamente na esfera judicial previdenciária, em que se lida com a concessão de prestações e benefícios previdenciários, que condensam direitos fundamentais qualificados como sociais, a utilização daquela modalidade de prova testemunhal merece guarida pelo fato de que fortalece os próprios direitos fundamentais. O óbice ao seu emprego em juízo consistiria na pura e simples negativa de vigência das cláusulas constitucionais que dão previsão expressa aos direitos sociais, pois por outros meios não seria possível demonstrar-se a comprovação dos requisitos necessários à concessão de benefícios da Seguridade Social, em especial a comprovação do tempo de trabalho (muitas vezes desenvolvido em condições precárias, seja o rurícola, a diarista, a doméstica ou o pedreiro etc.)”.

Nessa mesma linha, são as particularidades do caso concreto que ditam aos Tribunais a máxima, intuída pelo sentimento de justiça, segundo a qual às vezes a exigência de prova documental ou seu início constitui verdadeira prova diabólica, dotada do condão de sacrificar direitos fundamentais de modo não razoável.

⁶⁰ TRF da 3ª Região, AC 95.03.086317-1, 5ª Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Tânia Marangoni, j. 08.09.1997, DJ 14.10.1997, p. 85.211. Da mesma Corte: AC 97.03.018366-2, 5ª Turma, Rel. Des. Ramza Tartuce, j. 30.06.1997, DJ 23.09.1997, p. 77.433.

O devido processo legal substancial deve ser inserido nessa discussão como balizador, podendo perfeitamente legitimar casuisticamente a *solução pro misero* quando se afigurar não razoável o sacrifício de um direito fundamental diante da existência de prova legítima, ainda que exclusivamente testemunhal, pois o artigo 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91, não tem força suficiente para abolir uma garantia constitucional, cujo inverso é verdadeiro.

São as particularidades do caso concreto que aconselharão a melhor solução, observado sempre o devido processo substancial e as demais garantias e direitos fundamentais existentes, à luz dos quais deverá ser realizado o trabalho interpretativo.

Diante desse impasse que a realidade social impõe ao Direito, como aplicar-se com pretensão de generalidade, por exemplo, a Súmula n.º 149 do Superior Tribunal de Justiça?

Esse questionamento é válido, como se percebe, não apenas para a prova do tempo rural, mas também para os diversos aspectos do direito previdenciário.

Como já indicado anteriormente e que agora ficará demonstrado, as particularidades de casos concretos efetivamente já levou o Superior Tribunal de Justiça a admitir a prova exclusivamente testemunhal em matéria previdenciária, contrariando sua Jurisprudência predominante e fazendo prevalecer a justiça casuística, a ponto de ter sido declarada topicamente (somente para o caso *sub judice*) a inconstitucionalidade do artigo 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91, em sua restrição à prova testemunhal exclusiva.

De fato, tudo indica que não pode ser sopesada da mesma maneira a situação concreta e individual de um segurado analfabeto que não tenha sequer registro civil, cuja hipossuficiência seja notória em face de um outro alfabetizado com registro civil e oportunidades concretas de documentar, apesar de informalmente, sua atividade profissional. A segurança jurídica que o início de prova documental

traduz é certamente um valor que não pode ser rejeitado, porém, também não pode ser extremado: impõe-se seja ponderado com outros valores constitucionais.

O acervo jurisprudencial no sentido da sobrevalorização da prova exclusivamente testemunhal não é pequeno, os exemplos são vários. No RESP 171855-SP, negou-se aplicação à Súmula n.º 149 do Superior Tribunal de Justiça por se entender que o caso concreto não versava sobre rurícola, e sim sobre comerciário, como se a restrição à prova exclusivamente testemunhal existisse apenas para os rurícolas. Ora, nota-se que o artigo 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91 é regra geral que deixou de ser aplicada justamente em razão do casuísmo que envolvia aquele feito:

“Ementa: - RESP - PREVIDENCIÁRIO - TEMPO DE SERVIÇO - PROVA TESTEMUNHAL - SUM. 149/STJ - A Sum. 149/STJ é relativa à prova de tempo de serviço de rurícola. Não se aplica ao caso de comerciário...”

Assim sendo, a posição jurisprudencial, apesar de tímida, começa a apontar para uma direção mais justa e em conformidade com as realidades sociais do Brasil. Ou melhor, decisões jurisprudenciais começam a afastar a limitação imposta pela Lei n.º. 8.213/91 e Decreto n.º. 3.048/99, passando a admitir a prova exclusivamente testemunhal para a prova de tempo de serviço ou outro fato importante na constituição do direito do segurado.

Há uma tendência jurisprudencial – em face da natureza do direito pleiteado, bem como ante a informalidade que imperou no passado nas relações de trabalho (e que ainda impera em alguns locais) – em admitir toda e qualquer prova lícita, mediante a previsão constitucional de que não serão admitidas tão-somente as provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos.

O acervo jurisprudencial apresentado neste trabalho aponta para essa visão mais coerente com a nossa realidade, considerando inclusive tais normas como limitadoras inconstitucionais.

Ademais, cita-se a norma constante do artigo 131 do Código de

Processo Civil que consagrou no sistema processual civil brasileiro o princípio da persuasão racional, pela qual o magistrado poderá apreciar livremente a prova, devendo indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento.

Isto faz com que a prova exclusivamente testemunhal possa, na falta de outras, ser admitida, advertindo que o juiz poderá apreciar livremente o valor das mesmas, mas deve fundamentar sua decisão.

Conclui-se, assim, que é totalmente pertinente a produção de prova exclusivamente testemunhal, seja no processo judiciário, seja no processo administrativo, ressaltando que as normas constantes da Lei n.º. 8.23/91, Decreto n.º. 3.048/99 e outras dispositivos previdenciários que vedam a produção de prova exclusivamente testemunhal, são flagrantemente inconstitucionais ante a interpretação do artigo 5.º, inciso LVI da Constituição Federal juntamente com o inciso II do mesmo dispositivo, que nos faz concluir que todos os meios de prova são admitidos para a prova de fato constitutivo de direito, desde que lícita e não obtida por meios ilícitos.

12. PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL E DEPENDENCIA ECONÔMICA

12.1 União estável

Desde as origens da nossa sociedade, ficou por muito tempo estranho ao ordenamento jurídico a situação de convivência não oficializada entre homem e mulher, impedidos ou não de contrair matrimônio, ainda que fosse pública e dotada de certa continuidade.

Nesse período, inclusive, foram editadas normas discriminatórias, real ou supostamente inspiradas no propósito de valorizar o casamento como base da família legítima.

Não se pensava em conceder qualquer proteção à mulher que, de um instante para outro, se encontrasse sozinha em virtude do falecimento do homem ou do abandono por parte deste. E era justamente ela, por evidentes razões, a parte mais hipossuficiente nessa relação.

Tal situação fática, após longo debate, acabou por refletir no ordenamento jurídico, o qual se rendeu ao reconhecimento e proteção, bem como à instituição de direitos, nesses casos de convivência, como veremos nas linhas abaixo.

12.1.1 União estável na Constituição e legislação posterior

De forma inovadora, a Constituição brasileira, no artigo 226, §§ 3.º e 4.º, albergou, além da família constituída pelo casamento civil, também a união estável como entidade familiar, assim como o fez relativamente à comunidade formada por pai indistinto e seus descendentes – a chamada família monoparental.

“Na real verdade, quer do ponto de vista jurídico, ou moral, ético, político, social, econômico, tanto é família a que se funda no casamento como a que provém de uniões duradouras, sérias, informais, merecendo uma e outra o mesmo acatamento, respeito e dignidade” (VELOSO, 2003, p. 102-103, v. 17).

Embora esse contexto inovador a família continue sendo a base da sociedade, como bem expressa Maria Helena Diniz (2002, p. 05, v. IV): *“O casamento é, ainda, indubitavelmente, o centro de onde irradiam as normas básicas do direito de família, que constituem o direito matrimonial”*, uma vez que a Constituição Federal determina ao legislador ordinário que facilite a conversão da união estável em casamento (artigo 226, § 3.º).

No entanto, o que queremos demonstrar é que o instituto da família se tornou independente do casamento civil, tendo a Constituição desvinculado os conceitos de casamento com os de família.

Nesse sentido, se expressa o doutrinador Orlando Soares (2000, p. 53), acrescentando que:

“Seja como for, o desinteresse pelo casamento acabou provocando uma espécie de clamor público, no sentido de que fossem constitucionalizadas e reguladas, legislativamente, as uniões livres entre o homem e a mulher, para efeito de recíproca assistência e proteção à prole, daí resultante; originando a noção de entidade familiar, prevista na Carta Política de 1988, em razão do que não mais se pode falar em famílias ilegítimas, em oposição à família legítima, pois ambas estão sob o manto da proteção legal e constitucional”.

Importante notar ainda, que atinente ao casamento e à união estável a Carta Magna não promoveu uma equiparação. Simplesmente afastou essa figura do direito das obrigações, em que ainda se enquadram as uniões consideradas sociedades de fato, entre as pessoas do mesmo sexo e a competência para julgar eventuais dissídios – que foram transferidos da Vara Cível para as Varas de Família, conforme se verifica do artigo 9º, da lei 9.278/96.

De outra banda, posteriormente à Constituição de 1988, foram editadas as leis 8.971/94 e 9.278/96. A primeira dispõe a respeito do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a segunda, a lei 9.278/96, regulando o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, reconhece como entidade familiar a união

estável entre homem e mulher estabelecida como o escopo de constituir família. Uma não revogou a outra, vez que a lei 8.971/94 contempla o direito à sucessão, matéria estranha à Lei n.º 9.278/96. O que, em verdade, autoriza dizer que a lei 8.971/94 continua em vigor no que tange à matéria lá regulada, ou seja, ao direito sucessório.

12.1.2 União estável no novo código civil

Como pudemos corroborar, esse novo direito de família, que surge a partir da Constituição de 1988, não mais se estrutura só no casamento, e sim, também, pela união estável, cuja lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrou em vigor um ano após, instituindo o novo Código Civil e trazendo em seu bojo a parte consagrada especificamente à união estável, constituindo o Título III do Livro IV da Parte Especial, localização de acordo com a Constituição, já que o Livro IV ostenta a rubrica "Do Direito de Família", firmando o contexto em que agora se inserem as uniões estáveis.

Da mesma forma, além dos dispositivos que compõem o Título, abrangentes os artigos entre 1.723 e 1.727, constata-se a existência de outros situados de formas dispersas, de grande interesse à matéria da união estável, *verbi gratia*, o artigo 1.595, que se estende às relações entre um dos companheiros e os parentes do outro o vínculo da afinidade, nas mesmas condições previstas para os cônjuges.

Dessarte, trata o Título III do conceito de união estável da seguinte maneira:

"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".⁶¹

⁶¹ Art. 1.723, *caput*, da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil.

A norma legal em comento reproduz, em parte, a da Constituição Federal, da qual destacamos aquela que esclarece que o Estado unicamente reconhece como união estável a que se forma entre pessoas de sexos diferentes.

Tanto a Constituição quanto o Código Civil excluem categoricamente a possibilidade de se constituir união estável, digna da proteção do Estado, entre pessoas do mesmo sexo: alude, em termos expressos, ao homem e à mulher.

No entanto, apesar da letra da lei, entendemos que tais dispositivos não impedem o legislador ordinário de editar norma que atribua determinados efeitos a ligações de caráter homossexual, ou que a jurisprudência continue a aplicar-lhes, se for o caso, a doutrina da "sociedade de fato".

Esse entendimento, hoje sedimentado, tem como fundamento a Constituição de 1988 relativamente a seu princípio, com ênfase à isonomia. E nesse sentido igualitário tem-se que todas as disposições relativas à união entre homem e mulher se aplicam plenamente às uniões homossexuais. É o que bem trata, por exemplo, os artigos de Érika Harumi Fugie (2002) e Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2003).

Fundamentando nosso entendimento, destacamos as palavras da Professora Maria Berenice Dias (2001, p. 102):

"A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. Assim, a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características".

De qualquer sorte, o artigo 1.723, *caput*, acaba por estipular os requisitos necessários para o reconhecimento da união estável. É mister salientar que a convivência seja pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo

de constituição de família, conceitos esses indeterminados, submetem-se ao arbítrio do operador do direito, à definição e aplicação ao caso concreto.

Por fim, apontamos nossa compreensão sobre a distinção entre a figura da união estável e a do concubinato – entendido este como a manutenção de relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar, firmada no artigo 1.727, do Código Civil vigente – e aquele, a inexistência do ânimo de casar. Embora haja entendimento em sentido contrário (AZEVEDO, 2002).

12.1.3 Conceito de união estável

Retomando às origens da união estável, projeta-se que o termo usado com maior freqüência para designar uniões não formalizadas era o de "concubinato". Essa nomenclatura, no entanto, era munida de conotação inequivocamente pejorativa: suscitava no comum dos casos a idéia de ligação clandestina, mantida em geral por homem casado, à margem não só da lei mas também, tanto quanto possível, do contexto social e do mundo em que se queria ou se precisava exibir uma aura de respeitabilidade.

A concubina era, em regra, "a outra", freqüentada às escondidas, ou pelo menos discretamente, no intuito de evitar a projeção de sombra infamante sobre a imagem da vida familiar. O fenômeno recebia da lei tratamento indisfarçadamente hostil, conforme revela, entre outros textos, o do artigo 1.719, III, do Código Civil de 1916, que proibia ao homem casado a nomeação da concubina como sua herdeira ou legatária.

Nesse sentido, vemos a preocupação do legislador com medidas desse gênero em proteger a única modalidade de família havida por legítima, a fundada no casamento.

Munidos desses valores, atualmente temos que união estável:

“É a convivência não adúltera nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato” (AZEVEDO, 2002, p. 38).

De outra banda, nos esclarece Zeno Veloso (2003, p. 108-109) ao afirmar que:

“Não é uma união estável, certamente, a mera aproximação amorosa, ainda mantendo os parceiros relações sexuais. Um homem e uma mulher podem namorar, noivar, comparecer juntos a festas, recepções, e até, no limite, morar sob o mesmo teto, sem que estejam imbuídos do “animus” de constituir família”.

De qualquer forma, registramos que para assim se caracterizar não pode haver impedimentos à realização do casamento, tais como os previstos no artigo 1.521 do Código Civil. Não se aplica, porém, a incidência do inciso VI do referido artigo no caso de a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente.

Atinente ainda aos requisitos caracterizadores da união estável, o entendimento mais moderno é de que seja dispensável o *mos uxorius*, ou seja, a convivência idêntica ao casamento, entendimento este consagrado na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, que a seguir transcrevemos:

“Súmula 382 - *A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”.*

Desta forma, consagrado está que é importante para a configuração da união estável a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando à constituição de família (VIANNA, 1999).

Alguns elementos relevantes para a configuração da união estável são extraídos desse conceito: fidelidade presumida dos concubinos, notoriedade e estabilidade da união, comunidade de vida e objetivo de constituição de família.

Assim, o legislador abandonou a idéia objetiva de relacionamento

por prazo igual ou superior a cinco anos para usar os termos duradouro e contínuo. A formação da união estável não decorre, pois, do alinhamento de vontades como no casamento, **mas decorre dos fatos, de sua contínua e ininterrupta sucessão, enfim, da vida *more uxório*.**

Finalmente, a existência de filhos não pode ser considerada como elemento essencial à configuração da união estável. A chamada “família informal” decorrente de uma união livre se configura até mesmo sem relações sexuais. Logo, para sua caracterização independe a existência de filhos.

Desta forma, a Lei 9.278/96 ao definir os elementos identificadores da entidade familiar formada pela união livre estável, em momento algum se referiu à existência de prole, o mesmo ocorrendo com o novo Código Civil. Caso existam filhos comuns, a guarda, o sustento e a educação são direitos e deveres dos companheiros, o que agora fica mais evidente pelo disposto no artigo 1.724 do novo Código.

12.1.4 Dos efeitos do reconhecimento da união estável

Com o reconhecimento da união estável, ela passou a produzir efeitos no mundo jurídico e, principalmente, às pessoas envolvidas nessa união. Esses efeitos são denominados de efeitos pessoais e atingem não só a entidade familiar, como também os conviventes e sua prole.

De acordo com nosso entendimento, fazem parte dessa esfera jurídica civil os impedimentos para a formação da união estável, expressos no artigo 1.723, parágrafos 1º e 2º do Código Civil, os direitos e deveres pessoais dos conviventes e sua prole, artigo 1.724 do Código Civil; o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, artigo 1.607 do Código Civil; a igualdade dos filhos havidos no casamento e fora deste, conforme disposto no artigo 1.596; as relações de parentesco trazidas por essa união, artigo 1595 do Código Civil; o poder familiar

estabelecido pelo novo código civil (artigo 1.631); a adoção pelos companheiros, artigo 1.618, parágrafo único e artigo 1.622 todos do Código Civil; a curatela do artigo 1.775 do Código Civil, bem como demais outros apresentados em normas legais esparsas.

Ainda, mais afeto aos nossos estudos, importante reforçar o já expresso acima, no sentido de que o Título III do Livro IV da Parte Especial do Código Civil não esgota a disciplina da união estável. No Subtítulo III do Título II do mesmo Livro encontram-se disposições relativas a alimentos.

A primeira delas é o artigo 1.694, caput, que consagra o dever de alimentar os companheiros (MOREIRA, 2003). Sendo pacífica a compreensão de que qualquer dos dois membros da união estável, conforme as circunstâncias, poderá ser credor ou devedor dos alimentos em face do outro, desde que não incida, *a posteriore*, na regra do artigo 1.708 do Código Civil, a qual explicita que a convivência do credor com terceiros extingue o dever de alimentar.

12.1.5 Dependência econômica

Quanto à dependência, vale salientar, por oportuno, que não se deve confundir a dependência econômica com o mero auxílio ou assistência financeira.

Nesse sentido, temos que se os rendimentos de cada um dos companheiros são desiguais, nada mais lógico, comum e justo que aquele com melhores condições auxilie financeiramente o outro, especialmente quando resolvem fixar residência comum e que a união de esforços econômicos quase sempre resultará em melhor condição de vida para ambos.

É claro que em condições como estas não se pode cogitar propriamente a dependência econômica, apesar de um deles poder eventualmente

contribuir mais significativamente do que o outro.

Concomitante a isso, nos termos do artigo 1.724 do novo Código Civil, verifica-se que integra o conteúdo mínimo da união estável a assistência material e a moral, estabelecendo dever recíproco entre os companheiros.

É evidente que existe dependência econômica se um dos companheiros é financeiramente hipossuficiente, hipótese em se que necessita do outro que o mantém. Porém, quando ambos são financeiramente ativos e independentes, não é profícuo cogitar a necessidade, mas mesmo assim, alguma assistência material poderá persistir.

Já a Lei 9.278/96, no seu artigo 5º., instituiu a presunção de condomínio entre os companheiros. A regra do artigo 1.725 do novo Código estabelece que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, quando possível, o regime da comunhão parcial de bens, o que em certa medida torna irrelevante o elemento dependência econômica para a configuração da união livre estável – contrário ao sistema anterior em que a divisão de bens entre os parceiros dependia da prova de colaboração conjunta para a formação do acervo patrimonial.

Por fim, apoiando-nos em Feijó Coimbra (1997, p. 96-98), trazemos o conceito de dependência econômica, nos seguintes termos:

“Dependência econômica, para a lei previdenciária, consiste na situação em que certa pessoa vive, relativamente a um segurado, por ele sendo, no todo ou em parte, efetivamente mantida e sustentada”.

12.1.6 A prova da dependência econômica

A prova de dependência econômica continua a dispor de muita relevância perante a legislação do imposto de renda, trabalhista e previdenciária,

essa, nosso foco.

Nesse sentido faz prova para o casamento a certidão de seu registro em cartório público, em conformidade com o disposto no artigo 1.543, do Código Civil, na qual, excepcionalmente, pode ser admitida a utilização de meios indiretos, bem como testemunhal ou cadastros públicos e justificação judicial, caso haja sua falta ou perda.

Já no que diz respeito à prova da união estável, acreditamos que de forma bem mais ampla do que a do casamento pode ser provada por quaisquer meios lícitos, extraídos da coleta de variados dados que comprovem a existência da relação e que apresentem os requisitos da união estável.

Todavia, o Instituto Nacional da Seguridade Social, para regulamentar essa gama de provas, traz no Decreto 3.048/1999, atualizado pelo Decreto 3.668, de 22 de novembro de 2000, em seu artigo 22, um rol exemplificativo de documentos que poderão servir de base para a comprovação do vínculo e da dependência econômica, abaixo transcrito:

“§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos:⁶²

- I - certidão de nascimento de filho havido em comum;*
- II - certidão de casamento religioso;*
- III- declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;*
- IV - disposições testamentárias;*
- V- .Revogado pelo Decreto n.º 5.699, de 13/02/2006 - DOU DE 14/2/2006.*
- VI - declaração especial feita perante tabelião;*
- VII - prova de mesmo domicílio;*
- VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;*
- IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;*
- X - conta bancária conjunta;*
- XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;*
- XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;*
- XIII- apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;*
- XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;*
- XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;*

⁶² Redação dada pelo Decreto n.º 3.668, de 22.11.2000.

*XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos;
ou
XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar”.*

Denota-se claramente que a listagem é meramente exemplificativa, haja vista que nem a Lei de Benefícios nem o Decreto Regulamentador esmiúçam o rol de provas, trazendo como exemplos algumas das mais comuns. Contudo, qualquer documento idôneo capaz de demonstrar a veracidade dos fatos a comprovar poderá ser aceito pelo ente autárquico.

No caso em testilha, com o advento Decreto 3.668/00, a inovação foi a alteração do artigo 22 do Decreto 3.048/99, com a inclusão da palavra “no mínimo três documentos”, demonstrando assim uma flagrante afronta ao direito de acesso ao benefício de pensão, figurando um embuste determinar que serão obrigatórios no mínimo três documentos.

Tal inovação, a nosso ver, demonstra nítida inconstitucionalidade pois afeta a ampla defesa, dado que muitas vezes o requerente possui apenas um ou dois documentos, e assiste ao indeferimento de seu pleito com base na citada alteração.

De outra banda, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça,⁶³ pode-se afirmar que o fato de dispensar a pensão alimentícia não proíbe o requerimento da pensão por morte, uma vez comprovada a necessidade e até mesmo a dependência econômica enquanto estavam separados.

Merece atenção o fato de que o cônjuge separado de fato terá direito à pensão por morte, ainda que este benefício já tenha sido requerido e concedido à companheira ou ao companheiro, constituindo a certidão de casamento documento suficiente para a comprovação do vínculo e da dependência econômica.

Ademais, o § 1º, artigo 229, da Instrução Normativa do Instituto Nacional da Seguridade Social n.º 118, assevera que a Certidão de Casamento

⁶³ REsp. 472.742 – DJ 31.03.2003; REsp. n.º. 193.712/RS; REsp. n.º. 195.919/SP; REsp. n.º. 196.678/SP.

atualizada apresentada pelo cônjuge, na qual não conste averbação de divórcio ou de separação judicial, compõe documento satisfatório para comprovação do vínculo; devendo ser exigida prova da ajuda referida no *caput* desse artigo apenas nos casos de habilitação de companheiro ou companheira na mesma pensão.

De acordo com o artigo 16, inciso I da Lei n.º 8.213/91, também a companheira ou companheiro é beneficiário do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependente do segurado, esclarecendo o § 3º do mesmo preceito:

“Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.”

Cotejando o artigo 201, inciso V, o artigo 1º, inciso III, e o artigo 3º, inciso IV, todos da constituição em vigor, entende-se que a união estável de duas pessoas pode ensejar em tese a proteção securitária, ainda que uma delas seja casada, numa exegese que melhor garanta a universalidade da cobertura, veiculada no artigo 194, parágrafo único, inciso I da Carta de 1988.

Desta feita, o constituinte determinou ao legislador ordinário que facilitasse a conversão da união estável entre homem e mulher em casamento, mas não disse, expressamente, que apenas a entidade familiar denominada de “concubinato puro” era passível de proteção estatal. No entanto, em certas hipóteses, preenchidas algumas condições, o companheiro ou companheira, ainda que seja o concubinato “impuro”, faz jus à parcela da pensão, consoante § 3º, artigo 269 da Instrução Normativa n.º 118 do Instituto Nacional da Seguridade Social. Primeiro é fundamental que seja comprovada vida em comum; segundo é necessário que exista uma relação de dependência econômica.

Nesse sentido, preocupamos-nos em estampar o seguinte julgado que expressa entendimento dos Tribunais:

“PREVIDENCIÁRIO - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - EXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA MORE UXORIO DA AUTORA COM O DE CUJUS - CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE - COMPANHEIRA -

POSSIBILIDADE DE DIVISÃO DE PENSÃO POR MORTE ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA EM RAZÃO DA NOVA SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER (CF, 226, §3º, 201, V) INDEPENDENTEMENTE DA CONCOMITÂNCIA DOS RELACIONAMENTOS - RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DA PENSÃO PELO INSS E PELA FUNCEF A PARTIR DO JULGAMENTO DESTA APELAÇÃO - 1. Sendo a união estável reconhecida como entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata de mancebia, mas de entidade familiar. 2. In casu, existindo nos autos, quanto às provas apresentadas constatação de relação de convívio entre a ré e o de cujus, não se pode negar, que a convivência que havia entre os dois vislumbrava a união more uxorio, ainda que se constate multiplicidade de relacionamentos concomitantes. 3. Havendo beneficiário anterior - Esposa - Possível à companheira dividir a pensão, que deverá ser restabelecidas no percentual de 50%, da pensão do falecido instituidor pagas pelo INSS e pela FUNCEF, a partir da decisão singular (19.10.2004), em face da existência de provimento cautelar em favor da autora para que a mesma recebesse a totalidade da pensão até o julgamento do mérito da ação principal. 4. Apelação da autora improvida. 5. Recurso Adesivo da ré provido".⁶⁴

Por outro lado, há também decisões em sentido contrário, embora atualmente sejam mais difíceis de se encontrar, como a que se transcreve a seguir:

"PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO ESTATUTÁRIO - PENSÃO POR MORTE - ESPOSA LEGÍTIMA E COMPANHEIRA - CONCUBINATO ADULTERINO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226 - LEI N.º 9.278/96, ART. 1º. 1 - No presente caso, a esposa do finado servidor público foi obrigada a ratear a pensão por morte com suposta companheira dele (ou 'convivente', como estabelece a Lei n.º 9.278/96). Trata-se do chamado concubinato adulterino. 2 - Dispõe o art. 226, § 3º da vigente Constituição da República que 'para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento'. 3 - Permitir que suposta amásia de servidor receba pensão pela sua morte, em detrimento da esposa legítima seria permitir o absurdo. A norma constitucional prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, o que, obviamente, é impossível se um dos conviventes for casado. 4 - Não se pode admitir que uma constituição que traduz em capítulo especial a preocupação do Estado quanto à família, trazendo-a sob o seu manto protetor, desejasse debilitá-la e permitir que uniões adulterinas fossem reconhecidas como uniões estáveis, hipótese em que teríamos bigamia de direito".⁶⁵

Assim, conforme já apontamos acima, em uma sociedade monogâmica o ordenamento jurídico não protege o concubinato adulterino, a relação paralela ao matrimônio. A caracterização da união estável depende, inicialmente, da falta de impedimento de ambos os companheiros em estabelecer a relação.⁶⁶

⁶⁴ TRF 5ª R. - AC 2005.05.00.030457-8 - 2ª T. - PE - Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira - DJU 21.11.2005 - p. 633.

⁶⁵ TJE/RJ - AC 199.900.112.292.

⁶⁶ TRF 2ª Região, AC 262.934/RJ, Rel. Juiz Antônio Cruz Neto, 29.05.2002.

Lembramos que também fará jus à pensão por morte quando requerida por companheiro ou companheira homossexual, por determinação judicial proferida em Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0.

De qualquer sorte, trazemos à baila as lições de Feijó Coimbra (1997, p. 96-98) para nos esclarecer o que concerne às dependências nas relações configuradas uniões estáveis:

Certos dependentes, em face dos vínculos de parentesco civil ou de relações jurídicas estabelecidas no Direito de Família (esposa, marido inválido, filhos) têm sua dependência econômica presumida em relação ao segurado. A prova do parentesco ou da relação matrimonial basta para que se tenha por dependentes quem a exhibe. Não se fará, em caso algum, exigência da prova da dependência econômica em relação ao segurado, instituidor da prestação.

Por fim, concluímos que relativamente ao cônjuge e ao filho não emancipado a dependência econômica que gera o direito ao benefício é presumida, devendo os dependentes das outras classes provar a dependência econômica em relação ao falecido. Embora existam decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça concluindo pela desnecessidade do início de prova material para comprovação da dependência econômica de mãe para com o filho segurado.⁶⁷

⁶⁷ REsp. 296.128/SE, DJ 04.02.2002, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp.

13. PROVA DO PREJUÍZO À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA

Para fazer jus à aposentadoria especial ou à conversão da atividade especial em comum, o segurado terá que comprovar, perante o Instituto Nacional da Seguridade Social ou em juízo, trabalho habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, exercido em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Em suma, é necessário que demonstre que em seu trabalho estava sujeito diariamente a um dos agentes nocivos previstos, independentemente de sua atividade profissional ou local de trabalho ser em tese prejudicial à saúde ou à integridade física. Além disso, é necessário que a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.⁶⁸

No ambiente de trabalho, a nocividade é entendida como a situação combinada ou não de substâncias, energias e demais fatores de riscos reconhecidos, capazes de trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador (Instrução Normativa INSS/DC n.º 118, de 14.4.2005 – artigo 157, I).

O parágrafo 1º do artigo 58 da Lei n.º 8.213/91 disciplina o modo de comprovação do exercício de atividade especial. Tal dispositivo expressa que a comprovação deve ser feita mediante formulário, nos moldes estabelecidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, emitido pela empresa ou seu proposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

⁶⁸ Regulamento da Previdência Social. Art. 65.

13.1 Trabalho permanente, não ocasional e não intermitente.

O Instituto Nacional do Seguro Social emprega as seguintes definições para trabalho permanente, não ocasional e não intermitente (Instrução Normativa INSS/DC n.º 118, de 14.4.2005 – artigo 157):

“I – trabalho permanente – aquele em que o segurado, no exercício de todas as suas funções, esteve efetivamente exposto a agentes nocivos físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes;

II – trabalho não ocasional e nem intermitente – aquele em que, na jornada de trabalho, não houve interrupção ou suspensão do exercício de atividade com exposição de agentes nocivos, ou seja, não foi exercido de forma alternada entre atividade comum e especial”.

É importante deixar consignado que a citação de instruções normativas do Instituto Nacional da Seguridade Social não significa que consideramos que não apresentam vícios quanto à legalidade. Ao contrário, há inúmeras instruções cuja legalidade é discutível ou já foi mesmo reconhecida. De qualquer forma, servem, ao menos, para que diversas passagens dos nossos estudos possam ser esclarecidas ou melhor compreendidas.

13.2 Situações previstas

As atividades tidas como previdenciariamente nocivas podem ser divididas em atividades perigosas, penosas e insalubres. A configuração dessas situações nocivas ocorrerá com a presença de algum agente nocivo à saúde humana, seja ele físico, químico, biológico ou psíquico.

Convêm frisar que muitos são os agentes nocivos que podem ensejar alguma das situações que causam a especialidade da atividade laboral. Ocorre que alguns desses agentes se encontram relacionados expressamente na norma; todavia, ela não relacionou todos os agentes existentes no mundo concreto, o que de fato possibilita, diante da comprovação pericial, o reconhecimento de certo agente causador de nocividade laboral.

Diante disso, entende-se que a lista de agentes descritos nos Decretos, os quais regulamentam e regulamentaram as leis previdenciárias, é meramente exemplificativa, dado que, em decorrência de comprovação pericial, o agente não arrolado pode ensejar a nocividade de certa atividade.

13.3 Periculosidade

De acordo com o artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, as atividades perigosas são aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, implicam no contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

Segundo Wladimir Novaes Martinez (2000a), a NR-16 trata de atividades e operações perigosas, convindo ver seu Anexo I sobre explosivos. Porém, tal visão legal é limitada quando o espectro do perigo é muitíssimo maior.

Em verdade, existem atualmente outros perigos ligados ao trabalho e que não guardam qualquer relação com os inflamáveis, explosivos ou elétricos. Portanto, caso seja constatada a periculosidade da atividade, o segurado terá direito de ver estas atividades reconhecidas como especiais.

Outrossim, em conformidade com o que nos dispõe a súmula n.º 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *“atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento”*.

A eventual ocorrência do dano é irrelevante à configuração da periculosidade, bastando apenas que o segurado esteja habitual e permanentemente submetido à possibilidade real de dano.

Entretanto, não se deve falar em atividade perigosa intermitente, já que inexistente, “*sem medida temporal que possa gerar a esta classificação*” (FREUDENTHAL, 2000, p. 37).

13.4 Penosidade

De acordo com a doutrina, a lei trabalhista não se atentou a conceituar o que seja penosidade, ficando a cargo da doutrina sua definição. Pode-se dizer que o trabalho penoso é aquele que causa desgaste, tanto físico quanto psicológico, acima do que se entende por normal. Assim, o trabalho de carga é penoso como também o é o de motorista de caminhão. Da mesma forma, ainda que não fisicamente, a penosidade foi determinante para a legislação própria das outras aposentadorias especiais, para aeronautas, jornalistas e professores (FREUDENTHAL, 2000).

O ilustre professor Wladimir Novaes Martinez (2000a) entende que pode ser considerada penosa a atividade produtora de desgaste no organismo, de ordem física ou psicológica, em razão da repetição dos movimentos, condições agravantes, pressões e tensões próximas do indivíduo. Dirigir veículo coletivo ou de transporte pesado, habitual e permanente, em logradouros com tráfego intenso, é exemplo de desconforto de penosidade.

13.5 Insalubridade

O trabalho insalubre é aquele não saudável ao qual o obreiro é exposto de forma permanente e habitual. O artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho define que são “*consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em*

razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”.

O legislador trabalhista considera insalubridade o risco de agressão, quando, na verdade, são cenários reais suficientes para gerar ofensa ao organismo. Não é ficar exposto, mas estar sujeito às ações prejudiciais à saúde, como trabalhar em ambiente de temperatura alta ou baixa.

Ou seja, o que se fixa como insalubre para fins previdenciários não o é, necessariamente, para fins trabalhistas. De fato, a percepção do adicional de insalubridade não se consubstancia em prova plena da existência da insalubridade previdenciária no ambiente de trabalho, porém, constitui início de prova suficiente a ensejar a comprovação da suposta nocividade por intermédio de outras formas probatórias.

13.6 Agentes nocivos que prejudicam a saúde ou a integridade física

São considerados agentes nocivos aqueles que podem trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em função da natureza, concentração, intensidade e fator de exposição (Instrução Normativa INSS/DC n.º 95, de 7.10.2003 – artigo 146, § 2º):⁶⁹

I – físicos – os ruídos, as vibrações, o calor, o frio, a umidade, a eletricidade, as pressões anormais, as radiações ionizantes, as radiações não ionizantes;

II – químicos – os manifestados por névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho, absorvidos pela via respiratória, bem como aqueles que forem passíveis de absorção por meio de outras vias;

III – biológicos – os microorganismos como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus e ricketesias, dentre outros”.

⁶⁹ Embora a Instrução Normativa INSS/DC n. 95, de 7 de outubro de 2003 tenha sido revogada pela Instrução Normativa INSS/DC n. 118, de 14 de abril de 2005, as definições de agentes físicos, químicos e biológicos servem como base para a compreensão das atividades desempenhadas pelo segurado especial.

De acordo com a descrição dos possíveis agentes nocivos, o Instituto Nacional da Seguridade Social considera que somente agentes insalubres permitem o enquadramento da atividade exercida como prejudicial à saúde ou à integridade física. Afasta, deste modo, a periculosidade e a penosidade, posição que não encontra guarida no âmbito doutrinário.

13.7 Comprovação da exposição do segurado aos agentes nocivos

Incumbe ao segurado comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. Para tanto, o segurado, ao formular sua pretensão, deverá observar o Anexo IV ao Regulamento da Previdência Social, que traz a classificação dos agentes nocivos. Todavia, não podemos esquecer que o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) considerou, na Súmula n.º 198, que: *“atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento”*. Aliás, esse é o posicionamento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça:

*“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que ao trabalhador que exerce atividade insalubre, ainda que não inscrita em regulamento, mas comprovada por perícia judicial, é devido o benefício de aposentadoria especial”.*⁷⁰

Não se pode olvidar que o entendimento da jurisprudência é no sentido de que o enquadramento em atividade especial deve ser feito conforme a lei vigente à época do exercício da atividade.

Após a edição da Lei n.º 9.032/95, a comprovação do trabalho em condições especiais deverá ser efetuada por meio de documentos e outros meios de provas; entretanto, até a edição dessa Lei existe a presunção absoluta de exposição

⁷⁰ STJ, AgRg no Resp 228832/SC. Rel. Min.º Hamilton Carvalhido. 6ª T. J. 13.5.2003, p. 320.

a agentes nocivos relativamente às categorias profissionais relacionadas no Quadro Anexo do Decreto n.º 53.831/64 e nos Anexos I e II do Decreto n.º 83.080/79, presumindo sua exposição aos agentes nocivos.

Assim, excetuados os casos de atividades profissionais regidas por legislação especial, ao pleitear o benefício de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição, o segurado que pretende computar tempo especial posterior à Lei n.º 9.032/95, deverá instruir seu pedido com documentos que comprovem a exposição aos agentes nocivos no ambiente de trabalho.

Editada a Medida Provisória n.º 1.523/96, posteriormente convertida na Lei n.º 9.528/97, foram acrescentados ao artigo 58 da Lei n.º 8.213/91 os quatro parágrafos que constam da sua atual redação, exigindo o § 1º que a comprovação da exposição do segurado aos agentes nocivos seja feita mediante formulário emitido pela empresa ou por seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social⁷¹, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho emitido por médico ou engenheiro de segurança do trabalho.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) constitui-se em um documento histórico-laboral do trabalhador que reúne, entre outras informações, dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica durante todo o período em que este exerceu suas atividades (Instrução Normativa INSS/DC n.º 118, de 14.4.2005 – artigo 176). Por isso incumbe à empresa, sob pena

⁷¹ Regulamento da Previdência Social. Art. 68, § 8º. Considera-se perfil profissiográfico previdenciário, [...] o documento histórico-laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.

de multa, fornecer cópia ao empregado do seu PPP quando do término do contrato de trabalho.

Por outro lado, os formulários referidos no § 1º do artigo 58, conhecidos como SB-40, DISES SE 5235 ou DSS 8.030, contêm informações sobre atividades dos trabalhadores expostos a agentes agressivos, nos quais são descritas as condições em que prestaram esse trabalho.

Ainda para comprovar o exercício de atividade especial, poderão ser considerados laudos técnicos periciais, realizados tanto por determinação judicial, em ações trabalhistas de insalubridade e periculosidade, homologados por Juiz Trabalhista; laudos abrangendo todas as dependências ou unidades da empresa onde foram desenvolvidas as atividades, efetuados por Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, inscritos no Conselho Regional de Medicina – CRM, e Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA; e laudos individuais, resultantes da análise das condições ambientais de trabalho do segurado emitido pelos mesmos profissionais.

E como se explanará em momento oportuno, não são apenas esses documentos que podem comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos, visto que há outros meios de prova também capazes de atestar o exercício da atividade especial.

13.8 SB-40 – Formulário de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos.

Trata-se de um formulário informando as atividades realizadas pelo segurado com exposição a agentes nocivos, o qual é preenchido pela empresa/empregador ou preposto onde são descritas detalhadamente as atividades do empregado, bem como as condições em que prestou o trabalho.

De acordo com o entendimento jurisprudencial, o formulário SB-40 comprova a insalubridade no trabalho realizado anteriormente à vigência da Lei n.º 9.032/95.

13.9 DSS 8.030 – Formulário de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos

Trata-se também de um formulário de informações sobre atividades com exposição aos agentes nocivos à saúde do trabalhador, preenchido pela empresa/empregador ou seu preposto, na medida em que descreve de forma detalhada as atividades do empregado.

Antes do DSS-8.030, a comprovação de exposição do trabalhador aos agentes nocivos era feita pelos formulários SB-40 e DISES SE 5.235, sendo que até a edição da Medida Provisória 1.523, de 11.10.1996, não se exigia que os formulários fossem preenchidos com base em laudo técnico, exceto quando o segurado fosse exposto a ruído, agente que exige medicação técnica.

Aludida medida provisória passou a exigir que a confirmação da exposição do segurado aos agentes nocivos seja feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Acrescenta-se, além, que o empregador ou seu preposto, informantes das atividades exercidas em condições especiais, são responsáveis pela verdade contida nas declarações prestadas, podendo ser responsabilizados criminalmente, nos termos do artigo 299 do Código Penal, em caso de emissão de documento não condizente com a verdade dos fatos.

O entendimento jurisprudencial é no sentido de que – até o advento do Decreto 2.172, de 05.03.1997, que regulamentou a Medida Provisória 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97 – é possível o reconhecimento de tempo de serviço em atividade especial mediante apresentação de formulário próprio descritivo da atividade do segurado e do agente nocivo à saúde ou perigoso, enquadrado nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

Na prática, o referido formulário por vezes não é emitido à época em que o segurado exerceu a atividade insalubre, mas apenas quando se desligou do trabalho. Ou, em outras situações, é emitido após reclamação do segurado contra a empresa empregadora, objetivando o reconhecimento de condições de trabalho insalubres, podendo ainda ser reeditado em substituição ao formulário extraviado.

13.10 DIRBEN 8.030 – Formulário de informações sobre atividades com exposição a agentes agressivos

Em cumprimento à decisão que antecipou parcialmente os efeitos da tutela, proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 200071.00.030435-2, proposta pelo Ministério Público Federal, foi criada a Instrução Normativa n.º 42/01, de 03.05.2001 que dispôs sobre as alterações dos parâmetros para o reconhecimento das atividades exercidas sob condições especiais, fazendo referência ao novo formulário de informações sobre as atividades com exposição a agentes agressivos – DIRBEN 8.030.

Muito embora o artigo 4º da referida Instrução Normativa determine que, a partir de 29.04.1995, a prova de exposição a agentes nocivos será feita pelo Formulário Informações sobre Atividades com Exposição a Agentes Agressivos – Aposentadoria Especial – modelo DIRBEN-8.030, emitido com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho, não se pode olvidar que, excetuados os casos de ruído, somente a partir da edição da Medida Provisória n.º 1.523/96, ou seja, 14.10.1996, é que o laudo técnico deverá ser exigido.

Interessante é a disposição prevista no artigo 8º da Instrução Normativa n.º 42/01, de 03.05.2001, que nos revela como se dará a apresentação do formulário DIRBEN-8.030 no caso de empresa já extinta. Veja-se que nessa situação será dispensada a apresentação do aludido formulário, podendo ser processada a Justificação Administrativa contanto que na Carteira Profissional conste registro relativo ao setor de trabalho do segurado e exista laudo técnico contemporâneo emitido na época da existência da empresa.

13.11 Perfil profissiográfico previdenciário (PPP)

O P.P.P. pode ser conceituado como o documento histórico-laboral do trabalhador que reúne, entre outras informações, dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica durante todo o período em que este exerceu suas atividades. Deve ser expedido pela empresa empregadora, no caso de empregado; pela cooperativa de trabalho ou de produção, quando cooperado filiado; pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra, se trabalhador avulso portuário e pelo sindicato da categoria, no caso de trabalhador avulso não portuário.

Em outras palavras, é o documento que certifica o histórico de trabalho do operário, informando, dentre outros pontos, as condições ambientais às quais estava exposto em seu ambiente de trabalho.

Sua instituição foi pela Lei n.º 9.528/97 que alterou o artigo 58 da Lei n.º 8.213/91. Entrementes, sua aplicabilidade restou contida, pois a norma jurídica exigia a regulamentação por norma administrativa desse novo documento laboral. Assim, sua regulamentação administrativa ocorreu por meio da Instrução Normativa n.º 78, de 16 de julho de 2002 (§ 4º do artigo 148⁷²), que lhe deu o respectivo modelo.

⁷² Fica instituído o PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário – conforme anexo XV, que contemplará, inclusive, informações pertinentes aos formulários em epígrafe, os quais deixarão de ter eficácia a partir de 01.01.2003”.

Ocorre que, o marco temporal fixado pela IN n.º 78 (1º de janeiro de 2003), foi posteriormente alterado para 1º de janeiro de 2004. No entanto, importante salientar que mesmo com essa determinação, os formulários anteriores (SB-40, DISES BE 5235, DSS 8.030, DIRBEN 8.030) à época em que foram emitidos não perderam sua eficácia.

Dessarte, a exigência é a de que somente para os períodos laborados a partir de 1º de janeiro de 2004, o documento fornecido seja necessariamente o perfil profissiográfico previdenciário, dado que, para períodos anteriores, a emissão de tal documento afrontaria o princípio da irretroatividade legislativa, conforme o entendimento da mais renomada doutrina.

Em suma, o PPP a partir de 1º de janeiro de 2004 substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos, para fins de requerimento da aposentadoria especial, como determinado pelo parágrafo 2º do artigo 68 do Regulamento da Previdência Social, alterado pelo Decreto n.º 4.032/01.

Mas na prática previdenciária há situações que geram grandes prejuízos aos segurados, merecendo especial destaque o fato de que algumas empresas, ao invés de fornecerem o PPP ao segurado, emitem, por exemplo, um DIRBEN-8.030 com data atual, juntamente com o Laudo Técnico – o que não é permitido pela legislação em vigência, já que o Instituto Nacional da Seguridade Social só aceita a emissão dos formulários antigos (SB-40, DISES BE 5235, DSS 8.030, DIRBEN 8.030) para períodos anteriores a 01.01.2004.

Essa situação tem se verificado em demasia nas Agências da Previdência Social do interior do Estado de São Paulo, e conseqüentemente prejudica em muito os segurados, isto pois o Instituto Nacional da Seguridade Social termina por não considerar como especiais os períodos ali informados pelo formulário antigo emitido pela empresa com data atual.

Todavia, em grau recursal no âmbito administrativo, tem-se observado na prática a reforma dessas decisões pela 15ª Junta de Recursos da Previdência Social, na medida em que aludidos formulários antigos acabam sendo considerados aptos a atestarem a atividade especial exercida pelo segurado, mesmo sendo emitidos com data posterior a 01.01.2004.

Deveras, o segurado jamais poderá ser prejudicado diante dessa situação, até porque, em tese, a conduta inaceitável seria da empresa empregadora, que poderá ser responsabilizada diante do não fornecimento do PPP. A isso se soma o fato de que o Instituto Nacional da Seguridade Social poderá se diligenciar com seus meios próprios visando constatar o motivo de a empresa estar desatendendo determinação legal, bem como atestar a veracidade das informações prestadas pela empresa.

13.12 Laudo técnico de condições ambientais

De acordo com o § 1º do artigo 58 da Lei n.º 8.213/91, o PPP deverá ser emitido com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, nos termos da legislação trabalhista.

A confirmação do exercício de atividade especial antes da Medida Provisória n.º 1.523-13/96 poderia ser feita mediante simples apresentação dos formulários antigos (SB-40, DISES BE 5235, DSS 8.030, DIRBEN 8.030), não se exigindo, desta feita, que fosse elaborada com suporte em laudo pericial. Todavia, quanto ao agente ruído, já era necessário, haja vista que sua agressividade somente poderia ser constatada com auxílio de medição técnica mediante o laudo pericial.

Por outro lado, posteriormente à aludida Medida Provisória, passou-se a exigir que os formulários de informações sobre atividades especiais fossem

preenchidos e sustentados por laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

A exigência da apresentação do laudo pericial ficou descartada a partir de 1º de janeiro de 2004, data esta da vigência do Perfil Profissiográfico Previdenciário, admitindo que, conforme já explanado, se trata de documento histórico-laboral do trabalhador que reúne informações como dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica durante todo o período em que este exerceu suas atividades.

O que se almeja esclarecer é que o ordenamento jurídico passou a reunir em um único documento todas as informações necessárias, relativas ao período trabalhado pelo segurado em determinada empresa, dispensando, desta feita, o laudo pericial para a comprovação do exercício de atividades especiais.

13.13 Utilização do equipamento de proteção individual e coletiva.

É importante lembrar que se o segurado utilizava equipamento de proteção individual ou coletiva – “EPI” ou “EPC”, que neutralizava por completo o agente nocivo à saúde ou à integridade física – o período de trabalho não pode ser considerado para fins de aposentadoria especial, posto que o fator determinante da aposentadoria especial é propriamente a sujeição a atividades que comportem, com o tempo, a diminuição da capacidade de trabalho, em virtude de prejudicarem a saúde ou a integridade física.

Na realidade, muito se questiona na doutrina e na jurisprudência se a utilização dos equipamentos protetivos descaracterizaria o direito ao benefício de aposentadoria especial.

Todavia, insta ressaltar que na prática previdenciária as Agências do Instituto Nacional da Seguridade Social hodiernamente utilizam como fundamento

das decisões denegatórias de aposentadoria especial o uso dos Equipamentos de Proteção, deixando de converter determinados períodos trabalhados em condições especiais pelo segurado de especiais para comuns.

Não obstante haja entendimento diverso na doutrina e jurisprudência, o uso e fornecimento dos Equipamentos de Proteção, tanto individuais quanto coletivos, não têm o condão de descaracterizar a atividade especial exercida pelo segurado, conforme o entendimento do próprio Instituto Nacional da Seguridade Social, manifestado pelo Enunciado n.º 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), *ad litteram*:

“Enunciado n.º 21 - O simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho”.

Por sua vez, a Turma de Uniformização das decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais editou recentemente a Súmula n.º 9, que possui o seguinte teor, *ipsis litteris*:

“Aposentadoria Especial – Equipamento de Proteção Individual: O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado”.

Cabe ainda destacar, que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a obrigatoriedade do uso de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, introduzido com a Lei 9.732, de 11/12/98, não descaracteriza a situação de agressividade ou nocividade à saúde ou à integridade física no ambiente de trabalho, senão vejamos:

“PREVIDENCIÁRIO – PROCESSO CIVIL – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – TEMPO MÍNIMO NÃO ATINGIDO – RURÍCOLA – INÍCIO DE PROVA MATERIAL – TESTEMUNHAS – ATIVIDADE ESPECIAL – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – EPI – I – Havendo início de prova material corroborada por testemunhas deve ser procedida à contagem do tempo de serviço cumprido na qualidade de rurícola até 31.10.1991, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência e contagem recíproca, nos termos do art. 55, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91 e parágrafo 2º, do art. 202, da Constituição Federal (atual parágrafo 9º, do art. 201).

II – Vigeram simultaneamente os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, a partir daí, o Decreto nº 2.172/97, conforme dispõe o § único do artigo 70, do Decreto nº 3.048/99, devendo a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos se dar de acordo com a Lei vigente à época da prestação dos serviços. III – Com exceção do ruído que necessita de medição técnica, somente a partir da Lei nº 9.528, de 10.12.97, pode-se exigir a apresentação de formulário baseado em laudo técnico expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, pois antes disso inexistia consolidação legítima sobre as novas disposições da Lei nº 9.032, de 28.04.95, sendo vedada a retroatividade que afronta o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. IV – O uso de equipamento de proteção individual – EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. V – Mesmo com a conversão de parte dos períodos de atividade especial em comum não se justifica a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, uma vez que o autor não atingiu o tempo mínimo de trabalho necessário para o retro mencionado benefício. VI – Ante a sucumbência recíproca cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil VII – Remessa oficial e apelações parcialmente providas”.⁷³

“PREVIDENCIÁRIO – PROCESSO CIVIL – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – ATIVIDADE ESPECIAL – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – EPI – I – Vigeram simultaneamente os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, a partir daí, o Decreto nº 2.172/97, conforme dispõe o § único do artigo 70, do Decreto nº 3.048/99, devendo a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos se dar de acordo com a Lei vigente à época da prestação dos serviços. II – Com exceção do ruído que necessita de medição técnica, somente a partir da Lei nº 9.528, de 10.12.97, pode-se exigir a apresentação de formulário baseado em laudo técnico expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, pois antes disso inexistia consolidação legítima sobre as novas disposições da Lei nº 9.032, de 28.04.95, sendo vedada a retroatividade que afronta o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. III – O uso de equipamento de proteção individual – EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade porque o direito ao benefício dispensa a prova de efetivo prejuízo à saúde do trabalhador, bastando a mera possibilidade de risco. IV – Apelação e remessa oficial parcialmente providas”.⁷⁴

“PREVIDENCIÁRIO – PROCESSO CIVIL – AGRAVO RETIDO – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – CONTAGEM ATÉ À ÉPOCA DA EDIÇÃO DA EC 20/98 – TEMPO MÍNIMO NÃO ATINGIDO – ATIVIDADE ESPECIAL – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – EPI – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – I- Remessa oficial tida por interposta, nos termos do artigo 475, caput, e inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.469/97. II – Ante o disposto no parágrafo 1º, do art. 523 do Código de Processo Civil, não se conhece do agravo retido se a parte não requerer expressamente, nas razões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal. III – Vigeram simultaneamente os Decretos nº 83.080/79 e Decreto nº 53.831/64, até 05.03.1997 e, a partir daí, o Decreto nº 2.172/97, conforme dispõe o § único do artigo 70, do Decreto nº 3.048/99, devendo a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos se dar de acordo com a Lei vigente à época da prestação dos serviços. IV – Com exceção do ruído que

⁷³ TRF 3ª R. – AC 625515 – (2000.03.99.053929-3) – 2ª T. – Relª Desª Fed. Conv. Alessandra Aranha – DJU 16.06.2003 – p. 294) JLBPS.55 JLBPS.55.2 JCF.202 JCF.202.2 JCF.201 JCF.201.9 JRPS.70 JRPS.70.PUN JCPC.21.

⁷⁴ TRF 3ª R. – AC 648737 – (2000.03.99.071506-0) – 2ª T. – Relª Desª Fed. Conv. Alessandra Aranha – DJU 16.06.2003 – p. 297/298 - JRPS.70.

necessita de medição técnica, somente a partir da Lei nº 9.528, de 10.12.97, pode-se exigir a apresentação de formulário baseado em laudo técnico expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, pois antes disso inexistia consolidação legítima sobre as novas disposições da Lei nº 9.032, de 28.04.95, sendo vedada a retroatividade que afronta o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. V – O uso de EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade porque o direito ao benefício dispensa a prova de efetivo prejuízo à saúde do trabalhador, bastando a mera possibilidade de risco. VI – Mesmo com a conversão de parte dos períodos de atividade especial em comum não se justifica a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, uma vez que à época em que foi editada a EC nº 20/98 o autor ainda não havia atingido o tempo mínimo de trabalho necessário para o retro mencionado benefício. VII – Ante a sucumbência recíproca cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do CPC. VIII – Agravo retido não conhecido, preliminares rejeitadas, apelação do réu e remessa oficial parcialmente providas. Prejudicada a apelação do autor”⁷⁵

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. TEMPO COMUM. RUÍDO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. 1. Somente após a Lei 9.032/95, o tempo de trabalho exercido sob condições especiais, para ser considerado como tal, dependerá, além da comprovação do tempo de trabalho, também de comprovação pelo segurado perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, da exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física. 2. O trabalho em condições especiais, submetido a ruídos acima de 80 e 90 decibéis, comprovado por laudos técnicos ou formulários SB40 ou DSS8030, deve ser convertido em tempo comum. 3. A obrigatoriedade do uso de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, introduzido com a Lei 9.732, de 11/12/98, não descaracteriza a situação de agressividade ou nocividade à saúde ou à integridade física no ambiente de trabalho. 4. Apelação improvida e remessa oficial julgada prejudicada”⁷⁶

“PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA - ATIVIDADE ESPECIAL - - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO - DIREITO ADQUIRIDO - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS - LEI Nº 3.807/60 - DECRETO Nº 53.831/64 - LEI Nº 8.213/91 - USO DE EPI - NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE.

- Em respeito aos princípios da irretroatividade das leis e do direito adquirido, deverá ser considerado como especial o tempo de trabalho realizado antes do advento da lei nº 8.213/91, desde que demonstrado que a categoria profissional está dentre aquelas elencadas na norma de regência (Lei nº 3.807/60 e Decreto nº 53.831/64);

- O critério fixado pelo legislador ordinário, a teor da legislação previdenciária da época, era o da categoria profissional, para efetivo de aposentadoria especial;

- Embora o atividade do segurado não esteja elencada dentre aquelas constantes do anexo do aludido regulamento, o posicionamento jurisprudencial dominante é de que aquela listagem não é taxativa, podendo o segurado provar a exposição para fins de conversão;

- A jurisprudência é firme no sentido de que o equipamento de proteção individual, fornecido pela empresa, ao tempo que se busca a conversão, não desqualifica a atividade como especial;

⁷⁵ TRF 3ª R. – AC 648766 – (2000.03.99.071535-6) – 2ª T. – Relª Desª Fed. Conv. Alessandra Aranha – DJU 16.06.2003 – p. 298.

⁷⁶ TRF – PRIMEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 38000192306 Processo: 200038000192306 UF: MG Órgão Julgador: Segunda Turma.

*- Comprovado exercício da atividade especial, há direito à conversão para o período postulado, seja sob à égide da Lei nº 3.807/60, seja sob à égide vigência da Lei nº 8.213/91, pois que preenchidos os pressupostos legais do direito alegado, devendo prosseguir a Autarquia Previdenciária na análise do pedido de aposentadoria”.*⁷⁷

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. TEMPO COMUM. RUIDO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI.

É perfeitamente cabível a antecipação de tutela na sentença, e o agravo de instrumento é o recurso adequado para combater essa decisão. (STJ – Resp 299433 RJ, Quarta Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Texeira, DJ 04/02/2002, e REsp 279251 SP, Quarta Turma Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 30/04/2001.

O deferimento da antecipação de tutela no corpo da sentença não lhe retira o caráter de decisão interlocutória, desafiando, assim, o recurso do agravo de instrumento e não a apelação.

Não conhecimento da parte do recurso em que se impugna a decisão interlocutória proferida no corpo da sentença.

Somente após a Lei 9.032/95, o tempo de trabalho exercido sob condições especiais, para ser considerado como tal, dependerá, além da comprovação do tempo de trabalho, também de comprovação pelo segurado perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, da exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física.

*O trabalho em condições especiais, submetido a eletricidade em grau de periculosidade, comprovado por laudos técnicos ou formulários SB40 ou DSS8030, deve ser convertido em tempo comum. A obrigatoriedade do uso de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, introduzido com a Lei 9.732, de 11/12/98, não descaracteriza a situação de agressividade ou nocividade à saúde ou à integridade física no ambiente de trabalho. Apelação improvida e remessa oficial prejudicada”.*⁷⁸

13.14 Rol exemplificativo das provas para a comprovação do exercício de atividade especial pelo segurado

Como já de trivial sabença, até o advento da Lei n.º 9.032/95, a atividade podia ser considerada como especial tendo apenas como base a categoria profissional do segurado, dado que, a partir da vigência desse diploma legal, se passou a exigir, além da comprovação do tempo de serviço, a efetiva exposição pelo segurado aos agentes nocivos.

⁷⁷ TRIBUNAL – SEGUNDA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 313101
Processo: 200051015311634 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA
Data da decisão: 24/09/2003 Documento: TRF200106768.

⁷⁸ TRIBUNAL – QUINTA REGIAO Classe: AC - Apelação Cível - 297725
Processo: 200183000005117 UF: PE Órgão Julgador: Segunda Turma
Data da decisão: 18/05/2004 Documento: TRF500078958.

Ocorre que citada lei não especificou a maneira como se deveria comprovar o exercício da atividade especial, levando à conclusão de que qualquer meio de prova idôneo poderia ser admitido.

É verdade que com a vinda da Medida Provisória n.º 1.523/96, foi dado novo tratamento à matéria, especificando a forma de confirmação das condições especiais. Determinou-se, deste modo, que a comprovação se daria por intermédio de formulário, nos termos exigidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, e com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Não menosprezando entendimento diverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o rol de provas para a comprovação do exercício de atividade especial é exemplificativo, e não taxativo. Ou seja, a lei não pode jamais determinar que o segurado necessariamente comprove o exercício de atividade especial apenas com o mencionado formulário (SB-40, DISES BE 5235, DSS 8.030, DRIN 8.030, laudo técnico pericial e PPP), isto porque tal exigência certamente faria tábula rasa ao princípio constitucional da ampla defesa, constante no artigo 5º, inciso LV da Magna Carta de 1988, *in verbis*:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Tanto é assim que o Estatuto Processual Civil acolheu a liberdade objetiva dos meios de demonstração, encartada no em seu artigo 332, admitindo, com fundamento nesse dogma, todos os meios lícitos de prova. Vejamos:

“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Mas não é só isso. Tal limitação para fins de comprovação da atividade especial implicaria na inobservância de outro princípio processual, qual

seja, o princípio da livre convicção do juiz, já que, consoante este princípio processual, ao juiz é concedido o poder de formar livremente a sua convicção quanto à verdade emergente dos fatos. Quer dizer, o juiz apreciará e avaliará a prova dos fatos e formará a sua convicção livremente concernente à verdade dos mesmos.

É exatamente o que determina o artigo 131 do Código de Processo Civil:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Desta feita, a limitação probatória estabelecida pelos artigos 55, § 3º e 58, § 1º, ambos da Lei n.º 8.213/91, implica na inobservância desses princípios, tanto constitucionais quanto processuais, além de prejudicar manifestadamente o direito à aposentadoria especial dos segurados, situação que não merece prevalecer no ordenamento jurídico.

Parte da doutrina sustenta que somente se tornaria possível a utilização de outros meios alternativos de prova se comprovada a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Entretanto, há situações na prática previdenciária que não podem ser consideradas como caso fortuito ou força maior, um bom exemplo seria uma empresa que, ao emitir o PPP para seu empregado, o faz sem se referir às atividades insalubres que foram realizadas, não mencionando, por exemplo, o nível de ruído a que esteve exposto, prejudicando o segurado que efetivamente ficou sujeito a agentes nocivos à sua saúde.

Nesta situação, o segurado terá que se socorrer às vias do Judiciário, propondo ação própria com o escopo de reconhecimento das atividades insalubres ali realizadas. Assim, o laudo pericial que seria efetivado neste caso serviria como prova inequívoca para a comprovação da atividade especial exercida pelo segurado.

Perfeitamente possível, desta forma, a comprovação do tempo de atividade de natureza especial por meio de outros documentos, ou por meio de prova testemunhal idônea. É o que vem entendendo os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 3ª Região:

*“Previdência Social. Aposentadoria especial. Tempo de serviço em atividade insalubre com espeque em prova material. Pedido procedente. Juros de mora devidos pela fazenda pública. 1 – Documentos que comprovam o exercício de atividade insalubre, não contestados pelo réu, são hábeis à comprovação de tempo de serviço para concessão de aposentadoria especial. (Lei n.º 8.213/91, art. 55, § 3º) 2 – “O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, aplicada a Tabela de Conversão seguinte, para efeito de concessão de qualquer benefício”. (Decreto 611/92), art. 64) 3 – Os juros de mora devidos pela Fazenda Pública são de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação. (Código Civil, arts. 1.063 e 1.536, § 2º; Lei 4.414/64, art. 1º) 4 – Remessa Oficial provida em parte. 5 – Sentença reformada parcialmente”.*⁷⁹

Apenas a título exemplificativo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região concebe que a comprovação do tempo especial poderá ser efetuada por declarações expressas de ex-empregadores, corroboradas por testemunhos:

*“Previdenciário. Pedido de concessão de aposentadoria especial, face o exercício de atividade de chicherista, assemelhada a de fotograurista, esta considerada insalubre. Sentença de procedência. Afastamento da Súmula 71/TFR. Apelo do INSS provido em parte. 1 – Desde que declarações expressas de ex-empregadores afirmam o desempenho de atividade insalubre e perigosa, com manuseio constante de produtos químicos agressivos, corroboradas por testemunhos não infirmados por contra prova produzida pelo réu, deve-se reconhecer que o serviço tem a natureza de “especial” para fins de aposentadoria. [...]”*⁸⁰

Assim, outros meios de prova são capazes de comprovar a atividade especial exercida pelo segurado, como o reconhecimento da exposição aos agentes nocivos em sentença trabalhista. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Regional da 1ª Região:

“Processo Civil. Prova Emprestada. Sentença Judicial. A sentença judicial trabalhista supre os registros do empregador, nos limites das questões decididas, e vale como prova em ação previdenciária na qual se busca aposentadoria especial. 2 – Sentença mantida – Apelação desprovida”⁸¹

⁷⁹ REO 1998.01.00.092221-3/MG, Rel. Des. Catão Alves, TRF1, 1ª T., un., DJ 13.12.1999, p. 21.

⁸⁰ AC 95.03.025257-1/SP, Rel. Juiz Johonsom Di Salvo, TRF-3ª Reg., 5ª T., un., DJU 28.11.2000, p. 640.

⁸¹ AC 1994.01.11967-8/MG, Rel. Juiz José Henrique Guaracy Rebelo TRF-1ª T., un.º, DJ 09.07.2001,

“Previdenciário. Tempo de serviço – reconhecimento de tempo de serviço rural. Reclamação trabalhista. Complementação através de prova testemunhal. Operador de máquina/tratorista. Não comprovação da insalubridade. Sucumbência recíproca. 1. Considera-se apto para a comprovação de tempo de serviço, reclamação trabalhista contemporânea, ao período que se pleiteia, transitando em julgado após a contestação e recurso ao tribunal ad quem, eis que restou exaurido o mérito da causa. [...]”⁸²

Por sua vez, os adicionais de insalubridade não se consubstanciam em prova plena da existência da insalubridade previdenciária no ambiente de trabalho, porém, constituirá início de prova suficiente a ensejar a comprovação da suposta nocividade com o auxílio de outros meios probatórios.

Um outro exemplo de prova alternativa que o segurado pode utilizar no que se refere à comprovação da atividade especial exercida é a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP.

A empresa, de acordo com o disposto no inciso IV do artigo 32 da Lei n.º 8.213/91, acrescentado pela Lei n.º 9.528/97, é obrigada a informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse da Autarquia Previdenciária.

Este documento teve sua definição com o advento do Decreto n.º 2.803, de 20 de outubro de 1998, que regulamentou o artigo 32 da Lei n.º 8.212/91, com redação dada pela Lei n.º 9.528/97, qual seja hoje a GFIP.

Em verdade, a GFIP foi instituída com a finalidade principal de abastecer o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), devendo a empresa nele informar dados acerca de todos os segurados que lhe prestem serviços, identidade nominal, remuneração, e, merecendo destaque, o enquadramento e exposição a agentes insalubres.

p.5.

⁸² AC 2001.03.99.005962-7/SP, Rel. Juiz Roberto Haddad, TRF-3ª Reg., 1ª T., um., DJU 25.09.2001, p. 509.

Tanto é assim que a Instrução Normativa INSS/DC n.º 118/05 traz disposição expressa nesse sentido, em seu artigo 159, *ipsis litteris*:

“Art. 159. As informações constantes do CNIS serão observadas para fins do reconhecimento do direito à aposentadoria especial, nos termos do art.19 e § 2º do art. 68, ambos do RPS.

§ 1º Fica assegurada ao INSS a contraprova das informações referidas no caput no caso de dúvida justificada, promovendo de ofício a alteração no CNIS, desde que comprovada mediante o devido processo administrativo.

§ 2º As demonstrações ambientais de que trata o artigo 158 deverão embasar o preenchimento da GFIP e do formulário para requerimento da aposentadoria especial, nos termos dos §§ 2º e 7º do art. 68, do RPS.

§ 3º Presumem-se verdadeiras as informações prestadas pela empresa na GFIP, para a concessão ou não da aposentadoria especial, constituindo crime a prestação de informações falsas neste documento. (grifamos).

§ 4º A empresa deverá apresentar, sempre que solicitadas pelo INSS, as demonstrações ambientais de que trata o art. 158, para fins de verificação das informações”.

As hipóteses nas quais poderiam se revelar o rol exemplificativo das provas a atestar o exercício da atividade especial são várias; um motorista de caminhão autônomo pode comprovar a sua efetiva atividade insalubre por meio de comprovantes de frete, por exemplo. Destarte, nessa situação, na pior das hipóteses, a comprovação se daria por intermédio de justificção administrativa.

Da mesma forma, a atividade de funileiro, seja autônomo ou pequeno empresário, também pode ser comprovada via justificção administrativa. Para isso, basta a apresentação de notas fiscais de prestação de serviços em sua própria funilaria ou recibo de pagamento autônomo a uma funilaria, no caso de se tratar de trabalhador autônomo.

Nesse caso, caberia às testemunhas a confirmação de que tal funileiro, apesar de ser o proprietário de seu estabelecimento, trabalha sozinho, sem empregados, durante toda a jornada de trabalho, de maneira habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, exposto aos agentes agressivos de sua profissão.

Em se tratando de autônomo, em sede de justificção administrativa, caberia às testemunhas o relato de que o segurado, na condição de funileiro autônomo, presta serviços de modo habitual e permanente a uma ou mais funilarias, exposto aos agentes agressivos inerentes a tal mister.

Conclui-se, portanto, totalmente viável a utilização de outros meios alternativos de prova tendentes a comprovar o exercício da atividade especial pelo segurado, seja ele empregado, autônomo e até mesmo um pequeno empresário, desde que exerça as atividades de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente.

14. CONCLUSÃO

O direito previdenciário revela, na visão deste trabalho, se tratar de ramo visivelmente diferenciado dos outros do direito; se por um lado tem-se que o direito do trabalho possui regras materiais e processuais em favor do trabalhador (solução pró-operário), assim como as normas que regem a relação de consumo (código de defesa do consumidor) favorecem o consumidor, por outro, existem as normas previdenciárias adotadas pelo Regime Geral da Previdência, as quais, infelizmente, adotam regras materiais e processuais quase sempre em desfavor dos segurados da Previdência Social, mais especificamente na seara probatória constante nos processos previdenciários administrativos e judiciais.

Prova cabal disso é a constatação na prática previdenciária de que é muito simples fundamentar uma decisão administrativa denegatória de concessão de benefício previdenciário. E tal facilidade se exacerba cada vez mais com a elaboração de inúmeras Instruções Normativas, Portarias e Ordens de Serviço, pelas quais o ente autárquico vem intensificar os obstáculos para a configuração dos direitos dos segurados da Previdência.

Revelou-se, ainda, a inobservância em vários aspectos probatórios, dentro do processo previdenciário, aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal. Os aspectos mais marcantes seriam atinentes às limitações impostas pela Lei n.º 8.213/91, em seus artigos 55, § 3º e 58, § 1º, pelas quais se admite a validade de prova testemunhal somente com início razoável de prova material, e promove a chamada “tarifação da prova” para se atestar as atividades realizadas em condições especiais pelo segurado. Tal fato impõe um rol probatório taxativo para tanto, desprezando outros meios de prova pertinentes, além dos formulários (SB-40, DISES BE 5235, DSS 8.030, DRIN 8.030 e PPP) e laudos técnicos de condições ambientais do trabalho.

Especificamente quanto aos direitos sociais (em que se inserem a Seguridade e Previdência Social), a garantia de seu núcleo essencial é a manutenção do mínimo indispensável à sobrevivência. Em outras palavras, o que se

almeja sacramentar é que as normas previdenciárias vigentes, na realidade, estão em completo desacordo com a própria função da Seguridade Social, posto que, ao invés de amparar o socialmente desvalido, bem como os beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, seja em qualquer das modalidades que preveja a lei, abarca regras materiais e principalmente processuais, restringindo seus direitos e criando obstáculos para a concessão de determinados benefícios previdenciários.

É gritante, desta feita, a necessidade de mudança legislativa no ordenamento jurídico-previdenciário, no sentido de que sejam as normas do processo previdenciário (explícitas ou implícitas) interpretadas e aplicadas em prol da parte mais fraca da relação jurídico-processual, *in casu*, os segurados.

A matéria probatória desdobrada mediante o presente trabalho, procurou demonstrar, *verbi gratia*, que deve ser tratada pelos operadores do Direito com maior flexibilidade, dadas as especificidades apresentadas. A prova testemunhal, por exemplo, deve ser menos restritiva, visto que muitas vezes é o único meio de prova de que dispõe o segurado.

Pertinente ainda mencionar o problema da informalidade do trabalho no país, que afeta de maneira considerável o sistema previdenciário, tanto no que concerne às formas de arrecadação quanto no que é relativo à comprovação do tempo de serviço. É de se considerar que tais problemas sociais só tendem a se agravar com os efeitos da chamada globalização econômica.

Contudo, mesmo pendente de uma atuação legislativa, pode o operador do Direito (não somente o magistrado – principalmente –, mas todos os envolvidos no processo previdenciário) proceder a uma reinterpretção da legislação processual, dentro de suas atribuições.

Essa almejada reinterpretção deve ter como corolários básicos o constitucionalismo oriundo da Carta Magna de 1988, ou seja, os objetivos político-sociais exarados pela nova Constituição Federal, cujo cerne é a defesa da dignidade humana e da justiça social. Desse modo, se por um lado o devido processo legal

substantivo implica na obrigatoriedade da satisfação e efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, de outro, o devido processo legal procedimental (associado ao princípio anterior) impõe que o processo previdenciário se desenvolva de forma a propiciar o alcance daqueles direitos fundamentais citados (decorrentes da Seguridade Social).

Tal pensamento implicará conseqüentemente numa profunda revisão da legislação processual previdenciária, o que irá contribuir, sem dúvidas, para a garantia e concretização de uma parcela vultuosa dos direitos fundamentais emanados pela Constituição Federal vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BALERA, Wagner (coord.). **Curso de direito previdenciário: homenagem à Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Direito previdenciário: provas e concursos**. 2 ed. [São Paulo], Método, 2005.

_____. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. **Processo administrativo previdenciário: benefício**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Sistema de seguridade social**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Alta programada – quem foi o gênio que estimou tempo de cura para doenças?** Revista Consultor Jurídico, 08 abr. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43416,1>>. Acesso em: 06 mai. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971.

BOCCHI JÚNIOR, Hilário. **A prova do tempo de serviço para fins previdenciários**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003. (Coleção Theotonio Negrão).

CARDONE, Marly A. e CUSTÓDIO, Márcio Ferezin. **Legislação de previdência social anotada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2003.

CARDOSO, Luciane. **Prova testemunhal: uma abordagem hermenêutica**. São Paulo: LTr, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova**. Trad. e notas Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**. Campinas: Servanda, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DERZI, Heloísa Hernandes. **Os beneficiários da pensão por morte: regime geral de previdência social**. São Paulo: Lex, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. IV.

DURAND, Paul. **La política contemporânea de seguridad social**. Madrid: Colección Seguridad Social, 1989.

EDUARDO, Ítalo Romano, *et. al.* **Direito previdenciário: benefícios – teoria e questões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

FERNANDES, Anníbal. **Previdência social anotada: planos de custeio e de benefícios**. 6. ed. rev., atual. e amp. Bauru: Edipro, 1998.

FREUDENTHAL, Sérgio Pardal. **Aposentadoria especial**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. (coord.) **A previdência social hoje: homenagem a Anníbal Fernandes**. São Paulo: LTr, 2004.

FUGIE, Érika Harumi. **Inconstitucionalidade do Artigo 226, § 3º da Constituição Federal** *in* Revista Brasileira de Direito de Família, n.º 15, out-nov-dez 2002.

GIANNICO, Maricé. **A prova no código civil: natureza jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria geral da prova: aspectos polêmicos**. Salvador: JusPODIVM, 2005. (Coleção Temas de Processo Civil).

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Direito previdenciário para concursos**. São Paulo: Atlas, 2001.

GONZAGA, Paulo. **Perícia médica da previdência social**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 5. ed., atual. rev. e amp. São Paulo, Saraiva, 1992. v. 2.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **União Estável entre homossexuais no direito brasileiro e no direito comparado** in Revista da Escola Paulista de Magistratura, ano 4, n.º 02, jul-dez 2003.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio reclusão**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEITE, Celso Barroso. **Benefícios da previdência social**. Rio de Janeiro: Celsa, 1965.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000a.

_____. **Comentários à lei básica da previdência social**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2001a, T II.

_____. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998, T III.

_____. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2001b, T I.

_____. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2002a, T IV.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003a, T II.

_____. **Direito adquirido na previdência social**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003b.

_____. **Obrigações previdenciárias do contribuinte individual**. São Paulo: LTr, 2000b.

_____. **Prova de tempo de serviço: previdência social**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002b.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004a.

_____. **Reforma previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2004b.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961.

MONTEIRO, João. **Teoria do processo civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 1.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREAU, Pierre. **O financiamento da seguridade social na união européia e no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo código civil e a união estável** *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Ano IV, n.º 21, Jan-Fev 2003.

OLIVEIRA, Aristeu. **Reforma previdenciária comentada**. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito previdenciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. **Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e NEVES, André Luiz Batista. **Direito previdenciário nos enunciados do TST**. São Paulo: LTr, 1998.

PARIZATTO, João Roberto. **Da prova no processo civil**. Ouro Fino: Edipa – Editora Parizatto, 2003.

PEREIRA DE CASTRO, Carlos Alberto e LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____ e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de previdência social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SANDIM, Émerson Odilon. **O devido processo legal na administração pública: com enfoques previdenciários**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Prática processual previdenciária**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **A previdência social pelos tribunais regionais federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar e. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio Batista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. v. 1.

SOARES, Orlando. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 2.

_____. **União estável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TARUFFO, Michelle. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

UGATTI, Uendel Domingues. **O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social**. São Paulo: LTr, 2003.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, v. 17.

VIANNA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos e BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Manual de aposentadoria especial**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.