

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA NAS LIDES
PREVIDENCIÁRIAS: ENTRE A PROVA PLENA E A VEROSSIMILHANÇA
PREPONDERANTE**

**NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE BURDEN OF PROOF IN SOCIAL
SECURITY ACTIONS: BETWEEN FULL PROOF AND PREPONDERANCE OF
THE EVIDENCE**

Victor Roberto Corrêa de Souza

Resumo

O presente texto acadêmico tem por objetivo confrontar o modelo de processo do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 com a realidade sociológica das lides previdenciárias, no que atine ao ônus da prova. Apresenta as peculiaridades das lides previdenciárias e dos processos de controle jurisdicional da Administração e as relaciona com o modelo de um processo cooperativo. Com isso, intenta observar se a relação entre distribuição dinâmica do ônus da prova, redução do padrão da prova e verossimilhança preponderante permitem melhor distribuição de justiça, quando são discutidos direitos fundamentais no processo previdenciário.

Palavras-chave: Ônus, Prova, Verossimilhança, Distribuição, Redução, Estânder

Abstract/Resumen/Résumé

This academic paper aims to confront the process model of the Brazilian Civil Procedure Code 2015 with the sociological reality of social security actions, as which the burden of proof. It presents the peculiarities of social security actions and judicial review processes and relates to the model of a cooperative process. Thus, attempts to observe the relationship between dynamic distribution of the burden of proof, reducing the standard of proof and preponderance of the evidence allow better distribution of justice when fundamental rights are discussed in the social security actions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Burden, Proof, Evidence, Distribution, Reducing, Standard

1. INTRODUÇÃO

Em algum lugar do Brasil, João, 66 anos de idade, separado de fato de sua esposa Maria, comparece ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) para requerer um benefício assistencial (art. 203, V, da Constituição Federal). O funcionário da autarquia previdenciária lhe pergunta por suas CTPS's, e ele, com a saúde bem debilitada, informa que não mais as possui, pois perdera tais documentos há muitos anos, entregando apenas sua certidão de casamento e outros documentos pessoais. O funcionário lhe nega peremptoriamente o benefício, sob o argumento de que a esposa do autor, sra. Maria, estaria aposentada. Dois anos depois, o sr. João contrata um advogado e ajuíza ação para implantação deste mesmo benefício assistencial. Na audiência de instrução e julgamento, após ausência de contestação do INSS, o magistrado cogita investigar melhor o tempo de serviço do sr. João e a separação de fato alegada, pois o autor reafirmou a alegação de não deter suas CTPS's, perdidas, e que não tinha nada além de sua palavra, a respeito da separação; e o INSS, por outro lado, apresentou documento em que demonstra que a esposa do autor é aposentada, e recebe aproximadamente dois salários-mínimos mensais. Como deve proceder o magistrado em relação a esta instrução? Dar por encerrada e julgar improcedente o pedido? Pode produzir provas? Pode julgar o mérito, mesmo com uma instrução frágil?

Pode parecer excepcional, mas a hipótese lançada acima é mais real e costumeira que se pensa. Com a edição do Código de Processo Civil de 2015 – e as celeumas que se deram sobre o fim do modelo de processo inquisitorial, superado pelo modelo cooperativo, sobre o fim do livre convencimento motivado² e sobre a redução

² A título de exemplo das lides doutrinárias a respeito das mudanças de perfil do processo civil brasileiro com o novo CPC, atente-se para, em uma mesma obra coletiva, como opinara LENIO LUIZ STRECK: *“Todos sabem de minha luta cotidiana contra o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova (os processualistas penais da cepa já há tempo me dão razão – certo, Jacinto? Certo, Aury?). Denuncio isso há décadas. Na versão original do NCPC estava encravado o LCM (livre convencimento motivado). Dizia eu, então, que de nada adianta exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (artigo 389) se, por exemplo, ele tiver a liberdade de invocar a ‘jurisprudência do Supremo’ que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dar-se-ia com uma mão e se tiraria com a outra...De há muito venho alertando a comunidade jurídica para esse problema do protagonismo judicial, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente ‘técnica’”* (STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. In DIDIER JR.; MACÊDO; PEIXOTO; FREIRE, 2015, p. 299); e OSCAR VALENTE CARDOSO: *“O principal fundamento do livre convencimento motivado, reiterado na parte final do art. 371, está na Constituição (art. 93, IX). A ausência de previsão expressa da expressão ‘livre’ ou ‘livremente’ no novo CPC não leva ao afastamento do livre convencimento motivado no direito processual brasileiro. Quanto aos requisitos previstos no §1º*

dos poderes instrutórios do juiz e de seu protagonismo, a pergunta deve ser retomada: como deve proceder o magistrado em relação a instruções deficitárias de processos previdenciários?

A ideia principal deste artigo acadêmico é trazer novas possibilidades interpretativas para dificuldades encontradas na fase probatória, sob à luz do CPC de 2015, em situações reais similares à orquestrada nesta introdução. O que pode (ou deve) e o que não pode (ou não deve) fazer o magistrado e as partes em relação à produção de provas de um processo previdenciário? Quais são as perspectivas possíveis para um adequado controle de qualidade da aplicação do CPC/2015 nas ações previdenciárias?

2. AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Geralmente, as ações previdenciárias se notabilizam pela presença, de um lado, do cidadão como parte autora, e do outro, como réu, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável pela universalidade de atendimento e de cobertura da proteção estatal perante a ocorrência de algum risco justificativo de medidas de seguridade social favoráveis ao indivíduo.

As ações ajuizadas pelos cidadãos em face do INSS relacionam-se à proteção social perante os riscos descritos pela Constituição Federal (doença, invalidez, acidente do trabalho, morte, idade avançada, desemprego, proteção à gestante, proteção à pessoa com deficiência, vulnerabilidade econômica etc...) e podem ser classificadas dogmaticamente em ações cujos pedidos são: a) de concessão de benefício previdenciário ou assistencial; b) de restabelecimento de benefício previdenciário ou assistencial; c) de manutenção de benefício previdenciário ou assistencial; d) de anulação de benefício previdenciário ou assistencial; e) de revisão de ato de concessão de benefício previdenciário; e f) de revisão de ato de reajustamento de benefício previdenciário.

do art. 489 do novo CPC (conteúdo mínimo da fundamentação), não se tratam de uma limitação material ao livre convencimento do juiz, mas sim de uma restrição formal à motivação da decisão judicial. A ampliação da força vinculante de determinadas decisões das Cortes (especialmente do STF e dos tribunais superiores) reduzem, mas não retiram completamente, a liberdade de convencimento do julgador. Porém, o novo CPC também ampliou o controle (interno e externo) da motivação das decisões judiciais, especialmente pela inserção do juiz no contraditório, realizada pelos arts. 9º e 10, que reconhecem às partes o direito de influenciar a decisão. Em suma, o §1º do art. 489 do novo CPC não impõe limites para a valoração da prova. Ainda, o efeito vinculante dos precedentes não impede o livre convencimento do juiz (conforme ressalva Gajardoni, citado acima). Ao julgador compete desenvolver os fundamentos de sua decisão no sentido da adequação, distinção (distinguishing) ou superação (overruling) do precedente.” (CARDOSO, Oscar. A valoração judicial das provas no Novo Código de Processo Civil In DIDIER JR.; MACÊDO; PEIXOTO; FREIRE, 2015, p. 336/337).

Em todas estas hipóteses, se estará diante de uma ação em que o autor, o cidadão, deterá o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu alegado direito, nos moldes do art. 373, I, do CPC (art. 333, I, do extinto CPC/73). Ou seja, sempre que o julgador estiver diante de uma destas dezesseis causas de pedir previdenciárias, terá o autor de comprovar os fatos que sejam favoráveis a suas teses. Todavia, um dos maiores dramas vividos pelos cidadãos brasileiros é a compilação de provas pertinentes às suas vidas trabalhistas e previdenciárias.

A intenção do presente artigo é buscar no Código de Processo Civil quais teriam sido as inovações que poderiam colaborar na prática forense das ações previdenciárias, especificamente no que atine ao regime de produção e ônus da prova, atentando para as especificidades sociológicas em torno destas ações.

3. PROVA – GENERALIDADES

O termo “prova”, juridicamente, pode ser analisado tanto sob a acepção do ato de provar (àquele que alega um fato deve comprová-lo), quanto sob a designação do meio de prova a ser utilizada (técnicas para comprovação de um fato), como sob a acepção dos resultados dos meios de prova que foram utilizados para buscar o convencimento de outrem. Como meios de prova específicos podem ser citados o depoimento pessoal, a confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a perícia e a inspeção judicial.

O direito à realização da prova é um direito fundamental que tem por substrato o direito ao contraditório e ao devido processo legal. Comporta o direito à adequada oportunidade de requerer a produção de uma prova, de produzir essa prova, de participar da produção dessa prova, de manifestar-se sobre essa prova e de vê-la expressamente examinada na fundamentação do órgão decisório que preside a produção dessa prova.

Já a finalidade da realização de uma prova passa por novas interpretações, após a edição do Código de Processo Civil de 2015. Fredie Didier Jr. assinala que:

“Há basicamente três teorias que procuram explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão. [...]

Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a decisão a partir da crença de tê-la alcançado. [...]

Esse pensamento não é incorreto. Mas é preciso ir além.

Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 49-50).

Essa percepção moderna de finalidade da prova ajuda a superar o conceito antigo de que o destinatário da prova seria apenas o juiz ou o processo. Vai além. O destinatário é não apenas o processo ou o juiz, mas as próprias partes, pois as provas produzidas poderão ser emprestadas à solução de outro processo em curso (respeitado o contraditório e a ampla defesa), ou utilizadas para evitar o ajuizamento de futuro processo.

Nesta toada, a distribuição das funções dos sujeitos processuais acerca das provas também precisa ir além e se modernizar, de acordo com os modelos consagrados de estruturação do processo, seja ele de viés adversarial, inquisitorial ou cooperativo – o que variará de acordo com o nível qualitativo e o grau dos poderes instrutórios atribuídos ao julgador. Assim dispõe o art. 370 do CPC:

“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Fredie Didier Jr. aponta para a existência de celeuma acadêmica sobre a constitucionalidade deste dispositivo, na medida em que permite a produção de provas *ex officio* pelo magistrado. Após apresentar as posições doutrinárias existentes, assim o autor se posiciona:

“Não nos parece que o art. 370 do CPC seja inconstitucional.

Têm razão aqueles que dizem que esse dispositivo confere ao juiz, com agente do Estado, importante ferramenta para concretização do ideal de construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, CF), na medida em que permite que o magistrado, ao decidir, esteja o mais próximo possível da realidade dos fatos. Isso não viola o devido processo legal; antes, conforma-se a essa garantia, compondo-a. O jurisdicionado já sabe, de antemão, que o julgador dispõe de poderes instrutórios e não pode dizer-se surpreendido caso eles venham a ser exercidos no caso concreto.

Mas também não nos parece que a autonomia privada e o modelo cooperativo do processo devam ser esquecidos na análise da extensão do poder atribuído pelo art. 370 do CPC. O juiz não é o protagonista do processo; ao menos, não é o único. É preciso reconhecer às partes o papel que lhes cabe desempenhar – é disso que trata a valorização da autonomia privada no processo. Não se quer um processo em que o juiz seja mero fiscal da observância das regras do embate, mas também não se quer um processo em que se negligencie o papel das partes. Se o modelo de processo está baseado na cooperação, não deve haver protagonismo durante a tramitação do processo.

A melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC, segundo nos parece, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade suplementar – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 89-90).

Alguns fatos independem de prova. Tratam-se dos fatos notórios, dos fatos impertinentes ou irrelevantes à solução do caso, dos fatos afirmados por uma parte e confessados por outra (não dependeria de outro meio de prova além da confissão), dos admitidos no processo como incontroversos e dos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Neste último caso, quando o julgador se encontra diante de uma presunção legal, isto quer significar que o legislador lhe indica que determinada situação fática hipotética não pode ser desprezada pelo legislador, caso ocorra. Em determinados casos, a presunção é absoluta (*juris et de jure*), não admitindo prova em contrário; e em outros, é relativa (*juris tantum*), estabelecendo-se, então, que o fato é considerado ocorrido da forma como prevê a lei, até que se prove em contrário. Portanto, nas presunções absolutas, a prova é irrelevante e desnecessária à solução do caso, enquanto nas relativas, o legislador está determinando regras de distribuição do ônus de comprovar determinado fato.

As regras a respeito do ônus da prova, ou seja, acerca do encargo de demonstrar o conjunto fático-probatório alegado, geralmente são atribuídas pelo legislador, podendo, em determinadas circunstâncias, serem alteradas pelo juiz ou pela convenção entre as partes. Pela própria natureza de um ônus, esse encargo, caso seja descumprido, pode colocar o sujeito em situação de desvantagem processual.

O ônus da prova, por outro lado, deve ser visto sob duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva. Como afirma Fredie Didier Jr.:

“Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente

a quem cabe o ônus de provas determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo (ônus formal, segundo Barbosa Moreira) ou função subjetiva das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato.” [...] Sucedem que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado o non liquet. É aí que entra a segunda perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma regra de julgamento), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em ônus objetivo (ou material, segundo Barbosa Moreira).” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 107).

Ou seja, as regras sobre o ônus da prova tanto podem orientar sobre *o que* precisa ser provado pelos sujeitos processuais (ônus subjetivo) como podem orientar sobre *como* o juiz deve decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo). No caso do ônus objetivo, as regras do ônus da prova se aplicam apenas após a instrução processual, de modo que são *regras de julgamento*, não importando quem produziu as provas (princípio da aquisição processual da prova, art. 371 do CPC); enquanto, por outro lado, sobre as regras do ônus subjetivo, não é possível aceitar sua aferição apenas no momento do julgamento, tendo em vista que as regras de atribuição de ônus da prova são *regras de procedimento* e criam expectativas às partes em relação ao conteúdo da decisão e à possível aplicação de eventual inversão de ônus.

4. APLICABILIDADE DO NOVO CPC NA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Um dos pontos mais relevantes trazidos pelas modificações de cunho geral do Código de Processo Civil, como vimos, foi apresentar ao cidadão um processo judicial cooperativo, em lugar do caráter inquisitorial até então predominante. As provas produzidas no processo se destinam a todos os sujeitos processuais, e não possuem como destinatário o juiz, devendo ser evitada a atuação judicial inquisitorial, *ex-officio*. Segundo Fredie Didier:

“A valorização do modelo inquisitorial terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. As partes e a autonomia privada tiveram seus papéis diminuídos – em alguns casos, aniquilados mesmo -, abrindo margem a uma espécie de protagonismo judicial. Convém lembrar, como se disse no v. 1 deste Curso, que o princípio de respeito ao exercício do poder de autorregramento da vontade no processo é um pilar do direito processual civil brasileiro. Nesse contexto, surgiu uma doutrina denominada de garantismo processual, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado –

caracterizados, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; 2015, p. 86).

Mas esse *turning point* do processo inquisitorial para um modelo de processo cooperativo precisa estar atento aos problemas comumente vivenciados no processo administrativo previdenciário, que culmina por afetar o processo judicial posterior. Assim José Savaris faz um meticuloso relato sociológico-forense:

“Atuar no direito previdenciário é aplicar-se a um vastíssimo universo de presunções, possibilidades, conjecturas e construções que jamais se pode afirmar acabadas. Na análise administrativa de um pedido de benefício previdenciário, as possibilidades de contraprova são reduzidas, pois raramente serão indicadas testemunhas destinadas a infirmar o fato alegado pelo segurado. Daí que o órgão gestor da Previdência Social – de uma só vez parte e julgador – limitar-se-á, mais das vezes, em verificar a (in)consistência da prova apresentada pelo segurado. Sem se dedicar à busca de provas, exposta a manobras oportunísticas e ainda com a possível responsabilização de seus servidores para o caso de concessão indevida, a Administração acaba lançando-se ao pecado do excesso de zelo, vulnera o ordenamento jurídico, levanta exigências ou condicionantes desproporcionais, ignora a jurisprudência mesmo em suas orientações mais seguras e se apresenta com exacerbado rigor na análise dos fatos constitutivos de um direito previdenciário. Pois, se a Administração exige o impraticável, legitimado cuida estar o indivíduo que auxilia seu próximo na luta pela realização de um direito indispensável à sobrevivência, ainda que com pequenas ou não tão pequenas inverdades. Como consequência de uma suposta aliança de particulares que se lançam contra a Administração Previdenciária, esta opera como uma ‘cidade sitiada’, de modo que a análise do direito passa por um crivo administrativo que, por vezes, não vê o evidente e enxerga o que não existe. Essas condições de fato marcam o atual momento da relação entre a Administração e o cidadão e deságuam no processo judicial previdenciário, em que a decisão solucionará o litígio sustentado por teses opostas que, a um só tempo, são causa e efeito da falta de cooperação entre o Estado e a sociedade.” (SAVARIS, 2014, p. 301).

Isto é: nas lides previdenciárias, ainda haveremos de ter bastante falta de cooperação, seja pela informação inadequada por parte do cidadão, seja sob a alegação de indisponibilidade do interesse público por parte do INSS, o que impedirá uma postura inerte do órgão julgador, e determinará o manejo de outras medidas processuais, tais como o dever de colaboração das partes com o Judiciário para a descoberta da verdade (art. 378 do CPC) ou pela necessidade de instituições públicas colaborarem com a juntada de todos os documentos de que disponham, em se tratando de causas nos Juizados Especiais Federais (art. 11 da Lei 10.259/2001).

A partir dessa constatação, pensamos que não é adequada a vedação a um processo com maiores poderes instrutórios ao juiz quando se está a tratar de processos de justiça administrativa, em que há controle jurisdicional da Administração, o que

ocorre em números absolutos bastante consideráveis, como é de conhecimento notório e geral da sociedade brasileira.

Na Alemanha, por exemplo, convivem, além da Lei Fundamental, um Código de Processo nos Tribunais Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO*, de 1960) e um Código de Processo no âmbito da Administração (*Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG*, de 1977) com algumas semelhanças e distinções; mas não se prescinde do princípio inquisitório na condução de processos judiciais de controle da Administração, quando se tratar de um litígio que esteja em discussão possível ofensa produzida por ato administrativo a direito fundamental, carecedor, em tese, de tutela judicial.

Assim a pesquisadora da Universidade Humboldt, Anna-Bettina Kaiser, em evento realizado no Brasil, apresentou o modelo processual de seu país, no que atine ao princípio inquisitivo de produção de provas:

“Quase todas as máximas processuais, como os princípios dispositivo (§ 88 VwGO), da oralidade (§ 101 VwGO), identidade física do juiz (§§ 96, 108 inc. 1, 112 VwGO), publicidade (§ 55 VwGO c/c § 69 da Lei Orgânica dos Tribunais (*Gerichtsverfassungsgesetz [GVG]*), do contraditório (art. 103, inc.1,GG), da livre apreciação da prova (§ 108, inc. 1, primeira frase, VwGO), bem como o princípio da lealdade processual, não são máximas específicas do processo administrativo. Trata-se muito mais de princípios gerais do processo, que obviamente podem aparecer de forma diversa, quando detalhados nos diferentes códigos de processo dos respectivos tribunais. A principal diferença entre ambas as espécies de processo reside no princípio inquisitivo (princípio do exame de ofício). (§ 86, inc. 1, VwGO³), que não vale no processo civil. A aplicação do princípio inquisitivo decorre do princípio do estado de direito, sobretudo do art. 19, inc. 4, da GG. Ele exige, em regra, uma apreciação judicial abrangente de uma medida administrativa nos aspectos jurídicos e fáticos. Com uma análise assim completa, obviamente não se poderia concordar que o juízo tivesse de aceitar como horizonte fático, a exemplo do princípio dispositivo, apenas os fatos alegados pelas partes ou aqueles que constam no procedimento administrativo. Por isso, o tribunal administrativo processante deve inquirir uma das autoridades omissas, embora decisiva no procedimento no âmbito administrativo, sobre esclarecimentos fáticos. (Seminário Internacional Brasil – Alemanha: Pontes Miranda, 2010; Série Cadernos do CEJ, n.º 26, Recife: p. 58-59) (grifo nosso).

Por outro lado, no Brasil, temos uma jurisdição una, sem tribunais ou justiça administrativa especializada, na qual é utilizada, para todos os processos judiciais,

³ § 86 [Untersuchungsgrundsatz; Aufklärungspflicht; vorbereitende Schriftsätze] (1) Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.

indistintamente, o mesmo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015); havendo, por outro lado, uma lei geral apenas para o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei 9.784/99). Assim, quer nos parecer que, apesar de tantas alterações paradigmáticas provenientes do Código de Processo Civil de 2015, perdeu-se a oportunidade de criar, ainda que no mesmo corpo legislativo, regras processuais específicas para os processos judiciais em que estivesse, de um lado, o cidadão pleiteando tutela a um direito fundamental, e de outro, a Administração. Um Código de Processo Judicial Administrativo, com regras próprias para o tipo específico de lides, seria muito bem-vindo para o ordenamento brasileiro (ainda que se mantivesse a jurisdição una, mudança que apenas seria possível mediante uma nova Constituição). Nesse hipotético Código de Processo Judicial Administrativo, com certeza, o princípio inquisitivo da produção de provas seria um de seus ditames; assim como tantas outras regras, que, ora se encontram no atual CPC, ora foram olvidadas ou existem em outros diplomas legais esparsos.

Muito embora algumas prerrogativas processuais da Administração se justifiquem por terem assento constitucional (como o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa por precatório/RPV), não seria incorreto pensar em um Código de Processo Judicial Administrativo que as previsse, juntamente com o delineamento dos procedimentos possíveis e dos poderes instrutórios das partes e do juiz, para o deslinde de causas entre cidadãos e Administração, o que, diga-se de passagem, representam a enorme maioria dos processos atualmente em curso no Brasil.

Sob essa perspectiva, enquanto não existir um Código de Processo Judicial Administrativo brasileiro, alguns dispositivos do novo CPC precisam ser interpretados diferentemente, de acordo com a existência de um pleito judicial de proteção em face da Administração (caso em que se aplicaria o CPC no que não conflitasse com o direito à tutela de direitos fundamentais eventualmente violados pela Administração), ou em face de qualquer outra pessoa que não se insira no conceito lato de Administração (caso em que se aplicaria *in totum* o novo CPC). E, neste aspecto, os dispositivos que regulam a produção de provas no processo (arts. 369 a 484), devem ser adequadamente interpretados e operacionalizados, pois deve-se permitir maior inquisitorialidade do comportamento do juiz, na busca de seu convencimento.

5. PROVAS NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – PANORAMA ATUAL

Salvo a hipótese regular de distribuição de ônus da prova ao autor, conforme os fatos se refiram aos seus alegados direitos, algumas especificidades devem ser observadas, especialmente no que atine a delineamentos legislativos excepcionais sobre a prova nas ações previdenciárias e a jurisprudência correlacionada.

5.1. Dependência econômica e união estável

O art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91, por exemplo, determina que a dependência econômica dos dependentes do inciso I (*o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave*) é presumida; enquanto a dependência das demais classes de dependentes (*os pais, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, o enteado e o menor tutelado*) deve ser comprovada pelo interessado. Ou seja, havendo controvérsia sobre a dependência econômica, o ônus de comprovar que ela não existe é do INSS, no caso do art. 16, I, da Lei 8.213/91 e de comprovar que ela existe é do interessado, nos demais casos do mesmo dispositivo. Trata-se, portanto, de uma presunção relativa, conforme já definiu acertadamente a TNU dos Juizados Especiais Federais, no PEDILEF 50049937920114047206.

Ocorre que, da mesma forma que ocorre em relação à prova da existência de uma união estável, para fins de pensão por morte, o INSS exige do cidadão três provas documentais de dependência econômica (ou da união estável) como elemento mínimo para concessão do benefício, nos termos do art. 22, §3º, do Decreto 3.048/99.

Essa tarifação probatória adotada administrativamente pelo INSS, no entanto, não tem qualquer embasamento legal, e por ser medida infralegal, não pode ser referendada, à luz do princípio da legalidade.

5.2. Desemprego

Ademais dessas hipóteses, a legislação previdenciária, em determinados dispositivos, estabelece meios de prova de fatos possivelmente controversos, mas não determinando claramente a quem se atribuiria o ônus de não estarem comprovados tais fatos. É o caso, por exemplo, do art. 15, § 2º, da Lei 8.213/91, que não explicita de quem é o ônus da prova da situação de desemprego, para fins de prorrogação da qualidade de segurado. O dispositivo apenas determina que essa situação deveria ser comprovada por registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Evoluindo essa limitação legal, a jurisprudência passou a entender que a prova

do desemprego não pode ser feita apenas com base exclusiva nesse registro, bem como que a falta de anotação na CTPS não significaria necessariamente desemprego⁴.

A comprovação do desemprego, portanto, pode ser feita por qualquer meio de prova. Atualmente, assim entende a TNU dos Juizados, a respeito do tema: “*Súmula 27 - A ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em Direito.*”

5.3. Boa-fé/má-fé

O art. 115, II, da Lei 8.213/91 prevê a possibilidade de descontos a serem realizados nos benefícios dos cidadãos, quando o pagamento é feito em valor além do devido. No entanto, se houver má-fé do cidadão, a devolução pode ser determinada sem qualquer espécie de parcelamento, como dispõe o §1º do mesmo art. 115 do CPC.

Do mesmo modo, o art. 78, § 2º, da Lei 8.213/91 prevê a hipótese de suspensão da pensão por morte decorrente de morte presumida, caso o segurado reapareça, e determina que não haverá desconto dos valores recebidos, salvo má-fé.

A má-fé também é determinante, para a consideração do início do prazo decadencial de anulação dos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários, que passa a contar não mais da data do ato, e sim da ciência de que houve má-fé (art. 103-A da Lei 8.213/91).

Porém, é de conhecimento geral na comunidade jurídica, a má-fé não se presume⁵, de modo que é do INSS o ônus de comprovar a má-fé do cidadão, não havendo ônus algum para o cidadão de comprovar a sua boa-fé.

5.4. Salários de contribuição

Ainda, a legislação em alguns casos prevê as consequências que advirão do não cumprimento do ônus probatório. Tratam-se das hipóteses em que: o segurado empregado, inclusive o doméstico, e o trabalhador avulso que tenham cumprido todas as condições para a concessão do benefício, não possam comprovar o valor de seus salários de contribuição no período básico de cálculo (art. 35 da Lei 8.213/91), e na qual o segurado empregado doméstico que, tendo satisfeito as condições exigidas para a

⁴ STJ, Pet 7115.

⁵ PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC. [...] 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. [...] (STJ, RESP 956943, Rel. Min. João Otávio de Noronha, CORTE ESPECIAL, DJE DATA:01/12/2014).

concessão do benefício requerido, não comprove o efetivo recolhimento das contribuições devidas.

Nos dois casos, será concedido benefício no valor mínimo, permitindo-se a revisão do benefício com a apresentação posterior da prova dos salários de contribuição.

5.5. Atividades laborativas com exposição a agentes nocivos

Já as normas contidas no art. 57, §§3º e 4º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.032/95, para fins de aposentadoria especial, impõem ao cidadão o ônus subjetivo de comprovar a alegada exposição aos agentes nocivos à saúde e à integridade física; enquanto é no art. 58, § 1º, da Lei 8.213/91, que é explicitado o meio de prova da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos.

Não trazendo qualquer prova da exposição a agentes agressivos à sua saúde ou à sua integridade física, seja administrativamente, seja judicialmente, faltará ao cidadão o interesse de agir para o ajuizamento da demanda, nos termos do entendimento do plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 631240.

Por outro lado, uma vez apresentadas as provas dessa exposição pelo cidadão, em se tratando de alegados tempos especiais, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no ARE 664.335, passam a incidir outras regras de distribuição do ônus da prova entre o cidadão e a autarquia previdenciária, no que atine à prova da eficácia/ineficácia do Equipamento de Proteção Individual⁶.

5.6. Tempo de serviço

Dois dispositivos bastante controversos acerca do processo previdenciário são os arts. 55, § 3º e 108 da Lei 8.213/91, que assim dispõem a respeito dos meios de prova sobre tempo de serviço:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

[...]

§ 3º 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 na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

⁶ Adriane Bramante de Castro Ladenthin opina, com razão, que: “É óbvio que as empresas vão informar no PPP que o EPI era eficaz e que todas essas medidas protetivas foram tomadas, mas isso não é comprovado simplesmente pelo fato de, no preenchimento, constar o ‘sim’ no formulário.” (LADENTHIN, 2014, p. 289).

Art. 108. Mediante justificação processada perante a Previdência Social, observado o disposto no § 3º do art. 55 e na forma estabelecida no Regulamento, poderá ser suprida a falta de documento ou provado ato de interesse de beneficiário ou empresa, salvo no que se refere a registro público.”

Inegavelmente, o que se apresenta nestes dispositivos ora transcritos é o estabelecimento pelo legislador de uma tarificação, na análise das provas do tempo de serviço.

De acordo com antiga tradição do Direito Previdenciário, a prova do tempo de serviço, mesmo havendo justificação judicial ou administrativa, não poderá ser exclusivamente testemunhal e deverá ser comprovada através de início de prova material (art. 9º, §9º, do Decreto-Lei nº 66/66).

De se grifar que há jurisprudência sumulada sobre o tema, como se colhe da Súmula 149 do STJ: *“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade de rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”*.

Tal início de prova material pode ser entendido como aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício de atividade laborativa nos períodos a serem contados, contemporâneos aos fatos a que se reportam, indicando, ainda, a função exercida pelo cidadão em seu local de trabalho.

Por outro lado, o regulamento de que trata o art. 55, §3º, da Lei 8.213/91, Decreto 3.048/99, art. 143, §2º, afirma que motivo de força maior ou caso fortuito, a permitir a produção de prova exclusivamente testemunhal, ocorre apenas com a comprovação de ocorrências notórias, tais como incêndio, inundação ou desmoronamento. O mesmo Decreto 3.048/99, em seu art. 62, minudencia diversas formas de comprovação documental de tempo de serviço, paralelamente ao tempo que já estiver cadastrado no CNIS relativo ao cidadão (art. 19 do mesmo Decreto). Seriam elas: CNIS, CTPS, declarações e recibos de ex-empregadores, documentos públicos e registros em livros obrigatórios da empresa, documentos em nome de terceiros, fotografias, reclamatória trabalhista, justificação judicial, mandado de segurança e tempo de serviço averbado.

Enfim, há diversas possibilidades fáticas que condizem com as controvérsias havidas em processos previdenciários sobre tempo de serviço, que precisariam ser debatidos antes de invalidar ou validar as provas acima citadas.

5.7. Tarificação de provas

Em suma, o que importa é notar que, claramente, o modelo adotado para o deslinde de ações previdenciárias, em quaisquer dos 16 tipos de causas de pedir abordados no início desse texto, é de um processo com tarificação expressa de provas, ora feita pelo legislador ou pelo administrador (dispositivos da Lei 8.213/91 e Decreto 3.048/99), ora feita pela jurisprudência (súmula 149 do STJ). Oscar Cardoso descreve como evoluiu essa tarificação:

“A valoração da prova pelo Judiciário sofreu mudanças, evoluções e involuções no tempo e no espaço: de um sistema no qual o julgador não possuía (diretamente) qualquer poder de decisão, visto que a decisão competia a uma divindade superior (ordálio ou ordálias), passou-se à tarificação pelo legislador (prova tarifada), que também vinculava as decisões judiciais. Posteriormente foi concedido um poder amplo e irrestrito aos juízes, que podiam decidir sem justificar suas escolhas (livre convencimento ou livre apreciação), até surgir a sistemática do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), que atribui uma liberdade limitada, ao acrescer a obrigatoriedade de fundamentação das decisões.” (DIDIER JR.; MACÊDO; PEIXOTO; FREIRE, 2015, p. 336).

Porém, essa tarificação já vinha sendo atenuada pela jurisprudência, pois a Constituição Federal ou as normas fundamentais de processo não atribuíam ao legislador, ao administrador ou ao Judiciário uma competência prévia de predeterminação do valor de cada prova no processo. Por exemplo, assim entendeu o STF, acerca do valor probatório da CTPS, em sua súmula 225: “*Não é absoluto o valor probatório das anotações da carteira profissional.*”.

Portanto, nota-se que nos processos previdenciários vinha preponderando um viés de tarificação de provas (seja ela legislativa, seja ela jurisprudencial), que passou a ser atenuado, transferindo-se a discussão para o foro da fundamentação adequada das decisões judiciais, tornando irrelevante o “peso” dado a cada espécie de prova produzida.

6. UMA NOVA PERSPECTIVA DO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO, COM O CPC/2015

Neste momento, passamos a uma releitura da dinâmica probatória nos conflitos previdenciários, de acordo com os novos regramentos trazidos pelo CPC/2015.

Segundo as regras do art. 373 do CPC/2015, a parte que pretenda ser beneficiada com os efeitos da aplicação de uma dada norma ao seu caso, à sua argumentação, deve provar os fatos que se subsumam à tal aplicação. Os parágrafos 1º e 3º do art. 373 trazem, por sua vez, as previsões da distribuição dinâmica do ônus da

prova, por ordem judicial ou por convenção entre as partes, respectivamente. Trata-se de técnica processual que permite equilíbrio entre as partes (art. 7º do CPC), pois o ônus de provar um fato, no caso específico, deve ficar com quem tem condições de suportá-lo. Ou seja, em determinadas situações (que não serão tão excepcionais como se pensa), não há como entender, aprioristicamente, que o ônus da prova deva afetar necessariamente uma parte específica. Nestas condições, *diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir* com o ônus da prova, deve o magistrado atentar para a possibilidade de sua inversão. Estas hipóteses são extremamente flagrantes em se tratando de processos judiciais previdenciários, pois sempre terá havido, de modo antecedente, um processo administrativo no qual ocorreu uma instrução, com produção de provas como perícias médicas, entrevistas, pesquisas externas e colheita de depoimentos em empresas e empregadores, justificações administrativas⁷ etc...

Todavia, tal inversão não pode gerar a necessidade de uma prova impossível ou diabólica, bem como deverá identificar corretamente sobre quais fatos controversos específicos se aplicará a inversão do ônus da prova, pois a inversão genérica para todas as alegações poderá gerar exatamente uma lesão ao contraditório, ao impor uma prova negativa absoluta como técnica de defesa.

A distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser realizada em qualquer momento do processo, e mesmo *ex officio*, apenas sendo impedido ao magistrado realizá-la diretamente na sentença, por ofender o contraditório, haja vista se tratar de regra de procedimento. Não é racional ou lógico que se inverta o ônus da prova e não se permita à parte que se desincumba do ônus que lhe foi atribuído. Assim Fredie Didier aborda importantes exemplos de aplicação prática da distribuição dinâmica:

“A proposta de Danilo Knijnik, pensada para o CPC-1973, que não possuía dispositivo expresso sobre o tema, ajuda muito a compreender o § 1º do art. 373 do CPC e pode ser um ponto de partida doutrinário – embora a redação do dispositivo seja mais elástica do que o posicionamento por ele defendido. Para o autor, a redistribuição judicial do ônus da prova somente deveria ser cabível nos casos de: a) hipossuficiência probatória, quando o adversário da parte goza da posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do paciente); b) inacessibilidade da prova, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/colaboração) do seu adversário, sendo que a conduta desleal que dificulta o acesso à prova deve ser punida e só aquela que inviabiliza o acesso

⁷ Neste sentido, basta observar, por exemplo, o art. 682 da Instrução Normativa 77/2015, do INSS.

à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 128/129).

A redução do padrão da prova é outra técnica processual importante no Direito Previdenciário, pois pode facilitar a apreciação judicial do pedido da parte autora de alguma prestação social em que haja dificuldade probatória. Esta técnica é uma exceção à regra de que na fundamentação o magistrado deve encontrar a prova acima de qualquer suspeita e um convencimento pleno acerca dos fatos. Ela se justifica a partir do momento em que sempre haverá alguma possibilidade de prejuízo ou injustiça ao cidadão que não detiver um bom acervo probatório dos fatos que alega, e a exigência processual de um padrão probatório alto pode causar ineficácia de direitos fundamentais. Assim Fernando Gama de Miranda Netto delinea a técnica, em relação a processos previdenciários, questionando o alto padrão exigido pelo ordenamento:

“Outra questão interessante refere-se à fixação do padrão da prova justo na utilização dos meios de prova. É que a Lei nº 8.213/91 e a Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça impedem a valoração da prova testemunhal na comprovação do tempo de serviço. Curioso notar que no mesmo ano da edição da referida súmula (1995), o próprio Superior Tribunal de Justiça admitiu a prova testemunhal, reconhecendo a atividade dos boia-frias sem prova documental. Parece conforme o modelo constitucional do processo justo e adequada tutela do direito material a redução do padrão da prova judicialmente. Em primeiro lugar, não pode ser desconsiderado o caráter alimentar dos benefícios previdenciários e sua ligação com o princípio da dignidade humana, na medida em que possibilita a continuação de uma vida digna a partir da ajuda pecuniária. Quando o magistrado percebe que a produção da prova por outro meio – que não a testemunhal – é impossível, inviabilizando ou impedindo o exercício de um direito, deve o magistrado afastar a lei que tenta impedir a livre apreciação da prova (art. 131 do Código de Processo Civil) e o afastamento da lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira), valorando a prova testemunhal como suficiente ou insuficiente para a prestação jurisdicional. Registre-se que a redução do padrão legal da prova não implica o julgamento automático de procedência. O magistrado deve avaliar a coerência e a harmonia do depoimento pessoal com as informações fornecidas pelas testemunhas.” (MIRANDA NETTO, 2009, p. 257-259).

Mas, ainda assim, como a realidade pode ser mais exuberante que o processo comporta, é possível imaginar uma instrução inconclusiva, em que mesmo tendo o magistrado distribuído dinamicamente o ônus da prova, por conta de hipossuficiência probatória ou inacessibilidade da prova, não seja possível chegar a um mínimo conjunto probatório que seja capaz de convencimento do órgão decisório. E estas situações são bastante comuns nas ações previdenciárias, quando se está diante de uma prova testemunhal que conhece a parte há menos tempo que o controverso e não confirma completamente todas as alegações da parte autoral, ou diante de um depoimento pessoal

prejudicado ou impossível, pelas condições de saúde, pela dificuldade de comunicação ou pela idade da parte, complementados pela inexistência de provas documentais do alegado, perdidas no tempo ou nas adversidades costumeiras à vida da parcela mais pobre da sociedade (enchentes, inundações, deslizamentos de terra, roubos, furtos, incêndios etc...). Para estas hipóteses, excepcionais, mas não tão incomuns assim, podemos manejar a tese da verossimilhança preponderante. Marinoni e Arenhart descrevem suas premissas:

“Não satisfeita com a ideia de que o julgamento fundado em verossimilhança apenas seria possível nas hipóteses em que a lei ou o juiz, considerando as especificidades de determinada situação de direito material, determinasse um grau de probabilidade suficiente, a doutrina sueca foi mais adiante, para concluir que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um mínimo de preponderância da prova, vale dizer, um grau de 51%. Melhor explicando: se a posição de uma das partes é mais verossímil do que a da outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nessa lógica, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria – segundo a doutrina escandinava – um julgamento mais racional e mais bem motivado do que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada. Nesse sentido, a doutrina fala em verossimilhança preponderante – na Suécia em Överviktsprincip e na Alemanha em Überwiegensprinzip –, para significar a suficiência de um grau de probabilidade mínimo. Aí, como é fácil perceber, a ideia de ônus da prova acaba assumindo importância não como mecanismo de distribuição desse ônus, e muito menos como regra de juízo, mas como uma espécie de régua que indicaria a parte que deve obter êxito. O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua e, assim, o ônus de produzir prova não pesaria sobre nenhuma das partes. A parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um mínimo de prova, mereceria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da ‘verossimilhança preponderante’.” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 103-104).

Tal tese, porém, só pode ser aplicada excepcionalmente, quando impossível distribuir, regular ou dinamicamente, o ônus da prova. Antes mesmo do novo Código de Processo Civil, já havia dois precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, autorizando o uso da tese (STJ, RESP 201300188484 e RESP 201101684320).

Ou seja, é possível ao magistrado, excepcionalmente, decidir a lide com base nas alegações mais verossímeis, invocando as regras do ônus da prova (regular ou dinamicamente distribuído), quando se deparar em dúvida sobre os fatos alegados, mesmo após eventual redução do estândar da prova. Essa técnica permitirá, decerto, maior efetivação de direitos fundamentais relativos à tutela jurisdicional em prazo razoável.

Por outro lado, não se trata aqui de inversão de ônus da prova na sentença⁸ – o que não é permitido pela ofensa ao contraditório que proporciona; mas sim de decidir com base na verossimilhança mais preponderante entre as teses alegadas e de acordo com as provas (ainda que poucas) produzidas durante a instrução.

Grife-se que, na linha do que afirmou Fernando Gama de Miranda Netto, o fato de se permitir tal prerrogativa ao magistrado, assim como na redução do padrão da prova, não significa decidir pela procedência do pedido autoral, mesmo porque sendo revel o réu, se as alegações do autor forem inverossímeis, não produzirão qualquer efeito (art. 345, IV, do CPC). Importará sobremaneira, na utilização da tese da verossimilhança preponderante, uma melhor fundamentação da decisão judicial, pois o ônus argumentativo do órgão julgador decerto será mais intenso, nos moldes do art. 489 e parágrafos, do novo Código de Processo Civil, já que seu raciocínio argumentativo estará desconsiderando regras legais de distribuição (estática ou dinâmica) de ônus da prova entre as partes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sr. João, mencionado na introdução deste texto, teve seu pedido julgado procedente, mas sob fundamentação totalmente distinta àquela que postulava e àquela pela qual o INSS se defendia, na perspectiva de que tinha direito a uma melhor proteção previdenciária⁹, pois nem o autor, nem o INSS, observaram que o sr. João já detinha 16 anos de contribuição, e portanto tinha o direito à aposentadoria por idade. Só se chegou

⁸ Eduardo Cambi, por exemplo, opina neste sentido: “*Em síntese, o juiz deve procurar uma convicção de verdade juridicamente objetivável e, por isso, quando está em dúvida – isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo – em regra deve julgar com base na regra do art. 333 do CPC-73 ou do art. 373, caput, do NCPC. Porém, algumas situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova ou a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, na decisão saneadora. Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório ou distribuir dinamicamente o onus probandi, na fase ordinatória, e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo demandante, fazendo com que o demandado assumo o risco por sua atividade, situação que permite a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica da carga probatória na própria sentença.*” (CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC In DIDIER JR.; FERREIRA; JOBIM, 2015, p. 208).

⁹ Vide STF, RE 630.501: “EMENTA: APOSENTADORIA – PROVENTOS – CÁLCULO. Cumprir observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.” (STF, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. Em 21/02/2013, publ. 26/08/2013).

a esta solução por iniciativa probatória do magistrado, juntando aos autos telas do CNIS.

Ora, e se o cidadão não detivesse esse tempo de serviço e permanecesse a dúvida sobre a existência dos períodos laborativos ou sobre a existência do estado de casado, para fins de renda familiar para o benefício assistencial? Fácil é a resposta, de acordo com o CPC de 2015. O juiz poderia distribuir dinamicamente o ônus da prova entre o sr. João e o INSS, solicitando que o INSS apresentasse o processo administrativo completo, ou determinando pesquisas externas sob os cuidados da autarquia. Ou, ainda, poderia julgar o caso apenas com base em prova testemunhal, no depoimento pessoal do autor ou em inspeção judicial (sendo notório na comunidade jurídica que estes dois últimos instrumentos probatórios têm sido pouco explorados pelo Poder Judiciário), reduzindo o padrão da prova exigida. Ou, por fim e excepcionalmente, também poderia sopesar qual a tese mais provável e verossímil acerca dos fatos, se a instrução restar impossibilitada, julgando o mérito de acordo com a verossimilhança preponderante. O contraponto a toda esta flexibilização está apenas no ônus de fundamentação de uma tal decisão, significativamente maior, sob pena de deslegitimação da atividade jurisdicional.

Conclui-se, portanto, pela observação de que a distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como a redução do padrão da prova e a tese da verossimilhança preponderante podem vir a contribuir sensivelmente para uma melhor fundamentação das decisões judiciais a respeito de lides previdenciárias.

Não se deve descurar de um processo cooperativo, com maior protagonismo das partes, como o trazido pelo CPC de 2015; mas, a realidade dos processos judiciais envolvendo a Administração Pública previdenciária e o cidadão é bem mais exuberante que o modelo geral de processo trazido pelo Código. Exige-se, portanto, uma adequação das normas processuais às causas em que o cerne seja o controle judicial da Administração, nas quais se incluem as lides previdenciárias. Deste modo, maiores poderes instrutórios ao magistrado e um livre convencimento devidamente fundamentado na apreciação das provas não confrontam os princípios e os limites do novo Código de Processo Civil; muito pelo contrário, ajudam a consolidá-los.

Somem-se a isto teses como a redução do padrão da prova e a verossimilhança preponderante e notar-se-á um importante cabedal de técnicas

processuais que ajudarão a vencer a obsoleta tarifação de provas existente na legislação previdenciária e a distribuir mais adequadamente a justiça, nos processos previdenciários, especialmente em se tratando de cidadãos cujo acesso à prova é dificultado pelo longo tempo dos fatos a serem comprovados (como uma vida inteira de trabalho) e pelas vicissitudes da vida em sociedades de risco como a que vivemos (perda da prova por diversos motivos alheios à vontade de seu beneficiário).

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. **Grandes Temas do Novo CPC, v. 5: Direito Probatório**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: processo de conhecimento, provas**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 5ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2014.
- SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL – ALEMANHA, I: Pontes Miranda, Recife, PE, 7 a 9 de outubro de 2010 / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários ; Coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília : CJF, **Série Cadernos do CEJ, n.º 26**: 2010.