

PATRÍCIA GUSUKUMA

**A PROVA NAS AÇÕES JUDICIAIS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DO
REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**ESCOLA PAULISTA DE DIREITO
Especialização em Direito Previdenciário**

**São Paulo
2013**

PATRÍCIA GUSUKUMA

**A PROVA NAS AÇÕES JUDICIAIS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DO
RÉGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Previdenciário, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientador: Professor Claudio José Vistue Rios

São Paulo

2013

PATRÍCIA GUSUKUMA

**A PROVA NAS AÇÕES JUDICIAIS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DO
REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**Monografia apresentada à Escola Paulista de Direito (EPD), como parte dos
requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário.**

Aprovada com média _____

São Paulo, 15/03/2013.

Banca Examinadora:

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise das ações judiciais de concessão de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), com destaque para o estudo da prova. Inicialmente, traça-se um panorama geral do processo judicial previdenciário. Em seguida, são abordados os principais aspectos da teoria geral da prova. Após, adentra-se no estudo de situações práticas, mediante análise conjunta da doutrina e da jurisprudência.

A metodologia adotada consistiu em pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de consulta a livros, artigos, periódicos, sítios eletrônicos e outros. Houve coleta de jurisprudência, com apreciação crítica dos julgados. Buscou-se, sempre que possível, trazer diferentes posições doutrinárias sobre cada tópico apresentado.

Palavras-chave: Ações previdenciárias. Concessão de benefícios. Regime Geral de Previdência Social. Provas.

ABSTRACT

This current paper aims at the analysis of lawsuits for granting pension benefits of the General Social Security System, with emphasis on the study of the proof. Initially, an overview of the pension lawsuit is given. Then, the main aspects of the general proof theory are approached. After that, a study of practical situations through joint analysis of the doctrine and jurisprudence.

The adopted methodology consisted of bibliographical research, by consulting books, articles, periodicals, websites and others. There was a collection of jurisprudence, with critical appraisal of the judgments. Different doctrinal positions were presented on each topic, whenever possible.

Keywords: Pension lawsuits. Granting of benefits. General Social Security System. Proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL	08
2. AS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS	10
2.1 O objeto da lide	11
2.2 Sujeitos do processo	13
2.2.1 O autor	14
2.2.2 O réu	15
2.2.3 Litisconsórcio	16
2.3 Condições da ação	17
2.4 Competência em matéria previdenciária	21
2.4.1 Competência dos Juizados Especiais Federais	24
2.5. A antecipação dos efeitos da tutela nas ações previdenciárias	27
2.6 O princípio <i>in dubio pro misero</i> nas ações previdenciárias	29
2.7 Coisa julgada previdenciária	32
3. TEORIA GERAL DA PROVA E A LIDE PREVIDENCIÁRIA	36
3.1 Conceito de prova	36
3.2 Ônus da prova	40
3.3 Poderes instrutórios do juiz	43
3.4 Sistemas de valoração das provas	44
3.5 O direito fundamental à prova	46
4. O REGIME PROBATÓRIO PREVIDENCIÁRIO	47
4.1 A Prova testemunhal	47
4.2 A prova da dependência econômica	50
4.2.1 A dependência econômica presumida	52
4.2.2 A dependência econômica não presumida	57
4.3 A prova da incapacidade para o trabalho	58
4.4 A sentença trabalhista	61
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

De acordo com recente pesquisa acerca dos cem maiores litigantes nacionais, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) responde por mais de um quinto dos processos do grupo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 5).

A expressiva quantidade de ações judiciais relacionadas a conflitos com o INSS revela um cenário preocupante, pois são casos envolvendo a concessão de benefícios necessários à sobrevivência do indivíduo e de sua família. Há, decerto, ações versando sobre revisão de benefícios que já estão sendo usufruídos, mas até mesmo nessas situações podemos falar em sobrevivência, já que o valor recebido tem, essencialmente, caráter de substituição à atividade laboral.

Dito isso, é relevante o estudo acerca do processo judicial previdenciário, notadamente para demonstrar suas peculiaridades em relação ao processo civil dito “clássico”.

É importante destacar que a lide previdenciária envolve, no mais das vezes, discussão de natureza fática, daí advém a necessidade de se trabalhar com o exame da prova dos fatos alegados.

Assim, cuida-se do estudo da prova nas lides em que se discute a concessão de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), cujo gerenciamento encontra-se a cargo do INSS. Foge ao âmbito do presente trabalho, portanto, a Assistência Social e a Saúde, bem como o processo administrativo.

Inicialmente, é feita uma breve conceituação da Seguridade Social, sistema dentro do qual se insere a Previdência Social.

Em seguida, para que se possa compreender os procedimentos que envolvem as ações de concessão de benefícios, traça-se panorama geral do processo judicial previdenciário, discorrendo-se sobre o seu objeto, os sujeitos processuais, as condições da ação, a competência para julgar as ações previdenciárias, a antecipação dos efeitos da tutela, a existência de princípio denominado *in dubio pro misero* e a coisa julgada no direito previdenciário.

Após, passa-se à abordagem dos principais aspectos da teoria geral da prova e sua relação com a lide previdenciária.

A seguir, tem-se capítulo dedicado ao estudo dos problemas mais comumente observados na prática previdenciária, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial.

1. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, em capítulo dedicado à Seguridade Social¹, traz o conceito de um sistema de proteção social que visa garantir os direitos relacionados à saúde, à previdência social e à assistência social.

Nos dizeres de Wagner Balera (2010, p. 13), “arrumadas em sistema, as três partes que compõem o arcabouço – saúde, previdência social e assistência social – devem proporcionar, a todos, seguridade social”.

Também se referindo à noção de sistema, Omar Chamon (2005, p. 31) conceitua Seguridade Social como sendo o “conjunto de normas, princípios e institutos que visam a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos em face de contingências que o impeçam de prover suas necessidades básicas e as de seus dependentes”.

Pode-se afirmar, portanto, que a Previdência Social é um dos elementos que compõem o sistema geral de Seguridade Social e, conforme explica Sérgio Pinto Martins (2010, p. 22), abrange a “cobertura de contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição, concedendo aposentadorias, pensões etc”.

Há autores que preferem realçar a existência de um subsistema contributivo (previdência) e de outro subsistema não contributivo (assistência social e saúde). Nesse sentido, afirmam Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo (2010, p. 40-41):

“A vertente contributiva do sistema de seguridade social brasileiro é a previdência social, que, além de ser de caráter contributivo, é de filiação obrigatória (art. 201 da Constituição Federal). A proteção previdenciária exige a contribuição direta do protegido no custeio de suas ações como condição necessária para a qualificação do direito subjetivo à proteção previdenciária. Nesta área de atuação da seguridade social não basta a existência da necessidade social advinda da contingência social legalmente prevista. Existe a limitação subjetiva dos protegidos. Somente aqueles que estiverem previamente filiados e, portanto, ostentarem a qualidade de contribuintes do sistema terão direito à proteção previdenciária. E pela contingências citadas no art. 201 da Constituição Federal as pessoas a serem protegidas pela previdência social, e que terão também o ônus de

¹ Constituição Federal de 1988. Título VIII, Capítulo II.

contribuir para o sistema, constituem justamente o universo dos trabalhadores”.

Cabe esclarecer que a ideia de limitação subjetiva dos protegidos pelo subsistema previdenciário não exclui a categoria de dependentes, os quais são expressamente considerados “beneficiários do Regime Geral de Previdência Social”, conforme redação do artigo 10 da Lei nº 8.213/91.

A divisão em subsistemas permite melhor visualização do objeto de estudo aqui tratado: subsistema previdenciário, contributivo, que engloba e gerencia uma gama de prestações de serviços e benefícios, não se confundindo com os serviços de assistência social e saúde.

2. AS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

As ações previdenciárias objetivam a concessão, por meio de decisão proferida pelo Poder Judiciário, de algum dos benefícios destinados a reparar as contingências já referidas (doença, velhice etc). Essa é a delimitação proposta no presente trabalho.

Contudo, vale o registro de que é possível subdividir as ações previdenciárias em cinco tipos, conforme propõe José Antonio Savaris (2008, p. 394-395):

- “a) Ação previdenciária de concessão de um benefício (o interessado pretende obter um benefício da Previdência Social);
- b) Ação previdenciária de revisão de benefício (o interessado já é titular de um benefício previdenciário e busca a revisão da renda mensal deste benefício, porque ou o INSS calculou sua renda mensal inicial (RMI) a menor, ou não realizou adequadamente os reajustamentos devidos nos termos do art. 201, §4º, da Constituição Federal e art. 41-A da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social);
- c) Ação de restabelecimento de benefício previdenciário (o interessado teve cancelado – ou reduzido o valor de – seu benefício e busca recuperá-lo judicialmente);
- d) Ação de manutenção de benefício previdenciário (o interessado persegue tutela jurisdicional que proíba o INSS de cessar ou cancelar seu benefício);
- e) Ação de anulação de benefício previdenciário (o interessado pretende anular o ato de concessão de benefício)”.

Como o objetivo é tratar da temática probatória, mais adequado que o foco se restrinja àquele tipo de ação que parece ser o mais comum e frequente, qual seja, a de concessão de benefício.

É preciso destacar que não há um sistema legislativo previdenciário, ou seja, o processo judicial previdenciário deve se valer dos procedimentos listados no Código de Processo Civil. O que tem sido defendido é que, em se tratando de ações que buscam um benefício necessário à sobrevivência, o intérprete e aplicador da lei tenha a habilidade de conduzir o rito processual da maneira que for mais adequada a essa lide peculiar. Isso tudo, conforme alerta Marcelo Leonardo Tavares (2009, p. 13), “para que sejam evitadas injustiças materiais através de um processo não adaptado à realidade do seguro ou mal utilizado a partir da desconsideração de suas particularidades”.

A lide previdenciária apresenta problemas específicos, como lembra Savaris (2008, p. 69), o que requer soluções diferenciadas daquelas propostas pela processualística civil, sendo que, em diversas situações, “como inexistente tratamento legislativo específico, cabe à doutrina processual previdenciária o trabalho de sistematizar dificuldades que são próprias da aplicação do direito previdenciário, auxiliando, de forma crítica, o trabalho da jurisprudência especializada”.

Essa “adequação”, por assim dizer, dos mecanismos do processo civil ao processo previdenciário, será observada e discutida ao longo do presente trabalho.

2.1 O objeto da lide

O que se discute em uma ação previdenciária é o direito a um benefício que pode, de modo amplo, ser tratado com um bem de natureza alimentar.

Os benefícios previdenciários consubstanciam-se em valores monetários, os quais serão utilizados para suprir as necessidades básicas do indivíduo e de sua família.

Defende-se, aqui, o caráter alimentar das ações previdenciárias, porém há quem critique o uso do termo, pois a expressão *alimentos* teria relação notória com questões discutidas no âmbito do Direito de Família, como esclarece Marco Aurélio Serau Junior (2010, p. 56).

Conquanto não se ignore que a Lei 5.478/1968 dispõe sobre a chamada “ação de alimentos”, os institutos não se confundem com aqueles discutidos nas ações previdenciárias. Ademais, o uso reiterado da palavra “alimentar” pela jurisprudência, ao tratar de tais ações, já consagrou o entendimento de que se trata de termo utilizado em sentido amplo, adequado a demonstrar que os benefícios pleiteados se destinam a assegurar a sobrevivência.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO IRREGULARMENTE CONCEDIDO. RESTITUIÇÃO. DECRETO 5.699/2006. POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO. NORMA DE ORDEM PÚBLICA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. DESCONTO DA INTEGRALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO CARÁTER SOCIAL DAS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS.

1. De acordo com o art. 115 da Lei 8.213/91, havendo pagamento além do devido (hipótese que mais se aproxima da concessão irregular de benefício), o ressarcimento será efetuado por meio de parcelas, nos termos determinados em regulamento, ressalvada a ocorrência de má-fé. 2. A redação original do Decreto 3.048/99 determinava que a restituição de valores recebidos a título de benefício previdenciário concedido indevidamente em virtude de dolo, fraude ou má-fé deveria ser paga de uma só vez. Entretanto, a questão sofreu recente alteração pelo Decreto 5.699/2006, que passou a admitir a possibilidade de parcelamento da restituição também nestes casos, pelo que, sendo norma de ordem pública mais benéfica para o segurado, entende-se que tem aplicação imediata indistintamente a todos os beneficiários que estiverem na mesma situação. 3. Além disso, em vista da natureza alimentar do benefício previdenciário e a condição de hipossuficiência do segurado, torna-se inviável impor ao beneficiário o desconto integral de sua aposentadoria, uma vez que, ficando anos sem nada receber, estaria comprometida a sua própria sobrevivência, já que não teria como prover suas necessidades vitais básicas, em total afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como ao caráter social das normas previdenciárias, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social. 4. A fim de evitar o enriquecimento ilícito, reputo razoável o desconto de 30% sobre o valor do benefício, conforme requerido pelo segurado. 5. Recurso Especial improvido.

(RESP 200701315149, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, DJ de 03/09/2007) (Grifo nosso)

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INCISO VII DO ART. 520 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. 1. Por se tratar de verba equiparada a alimentos para assegurar a subsistência, justifica-se a incidência, na espécie, do inciso II do artigo 520 do Código de Processo Civil que não pode ser interpretado restritivamente de modo a abranger apenas as verbas alimentares definidas na esfera cível familiar. 2. A decisão que defere - ainda que no bojo da sentença - a antecipação da tutela convalida-se até que sobrevenha decisão de mérito contrária à medida antecipatória, quando observar-se-á a revogação tácita, ou até mesmo expressa, da medida. 3. Além disso, por força do também artigo 520 do Código de Processo Civil, no seu inciso VII, acrescentado pela Lei nº 10.352/01, a apelação interposta contra sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela - confirmação esta que deve ser entendida de forma ampla a abarcar a medida concedida naquele ato e que não deixa de ser uma confirmação - é somente recebida no seu efeito devolutivo. 4. Agravo a que se nega provimento.

(AI 00080349020104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJ de 26/10/2011) (Grifo nosso)

Acrescente-se que a Constituição Federal, ao tratar do regime de pagamento dos precatórios, em seu artigo 100, expressamente dispõe que os débitos de

natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes, dentre outros, de benefícios previdenciários².

A caracterização das ações previdenciárias como sendo ações de caráter alimentar é importante, pois desse entendimento derivam vários outros, como se pode notar do julgado a seguir, em que o relator menciona tal especificidade e, ato contínuo, trata da celeridade e da economia processual:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPLEMENTADA POR PROVA TESTEMUNHAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Inexiste nulidade na sentença em razão da concessão de benefício diverso do pleiteado na inicial, pois a jurisprudência do E. STJ já se pacificou no sentido do cabimento do deferimento alternativo do benefício, promovida de ofício pelo órgão jurisdicional, ante a relevância da questão social envolvida, tendo em vista que as prestações pecuniárias pertinentes aos benefícios em tela têm caráter eminentemente alimentar, além do que a economia processual e a instrumentalidade do processo aconselham celeridade da concessão de pleitos previdenciários. 2. A informação contida na documentação trazida como início de prova material foi corroborada pelas testemunhas, em depoimentos seguros e convincentes, pelo que é devido o reconhecimento do tempo de serviço de trabalho rural pleiteado. 3. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada. 4. Recurso desprovido. (AC 200703990017453, JUIZ BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJF3 de 08/09/2011) (Grifo nosso)

Como visto, atribuir uma natureza alimentar às ações de concessão de benefícios pode levar a uma maior compreensão do julgador quanto à relevância da questão em tela.

2.2 Sujeitos do processo

Conquanto não se ignore a pluralidade de sujeitos que atuam judicialmente (auxiliares do juízo, defensores, representantes do Ministério Público, terceiros, dentre outros), o processo apresenta, necessariamente, pelo menos três sujeitos: o

² Art. 100, § 1º, CF/88 - 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

autor e o réu, em lados opostos da relação processual, e o juiz, como sujeito imparcial, orientado para a resolução do conflito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 314). Quanto à atuação do magistrado, será vista em capítulo referente à teoria geral da prova.

2.2.1 O autor

O autor, em uma demanda previdenciária, é aquele que busca a satisfação de uma prestação de natureza alimentar. Logo, são legitimados ativos os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, classificados como segurados e dependentes (art. 10 da Lei 8.213/1991), os quais buscam, judicialmente, a concessão de um benefício que entendem devido. Porém, não só eles. Eventualmente, o polo ativo será ocupado por aqueles que buscam ver reconhecida judicialmente sua condição de segurado ou dependente.

Para Savaris (2008, p. 64), o autor é “presumivelmente hipossuficiente”, não só do ponto de vista econômico, mas também informacional, já que é reduzido o seu conhecimento acerca de seus direitos e deveres. E, prossegue, “uma vez que o autor se encontra em juízo buscando prestação de natureza alimentar, presume-se destituído de recursos para garantir sua subsistência”.

Com efeito, só o fato de o benefício previdenciário pleiteado ter a função de substituir o rendimento auferido com o trabalho do segurado, já coloca o autor em posição menos confortável do que o réu. Em determinadas ações, como aquelas em que se pleiteia um benefício por incapacidade como, por exemplo, o auxílio-doença, a posição de fragilidade do autor é ainda mais evidente.

Conforme salienta Feijó Coimbra (2000, p. 120), quando a lei estabelece o direito a uma prestação previdenciária, “se pretende substituir uma renda que se perdeu e seria necessária para fazer face a um estado de necessidade, decorrente da eclosão de um risco social”.

Já Serau Junior (2010, p. 57) faz referência a outro ponto que merece destaque, ao dizer que um “fator característico das ações previdenciárias está na alta frequência com que se observa a idade elevada daqueles que se encontram no polo processual ativo deste tipo de demanda”. De fato, a obtenção de benefícios como a aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição se dará, no mais das

vezes, no momento em que o requerente se encontra com idade mais avançada e não no auge de sua capacidade laboral.

É certo que se pode imaginar situações em que a parte autora não se encontra privada de recursos necessários à sobrevivência ou nas quais o nível de informação acerca de seus direitos é satisfatório, já que o Regime Geral de Previdência Social abriga trabalhadores com realidades distintas: de operários a executivos, de camponeses a servidores públicos não-estatutários. Logo, é razoável supor que um grau mais elevado de conhecimento permitirá que o interessado obtenha o seu benefício no âmbito administrativo, prescindindo da tutela judicial. Ao menos em tese. De qualquer modo, trata-se aqui daquilo que se entende como regra – autor hipossuficiente -, e não da sua exceção.

2.2.1 O réu

O réu das ações previdenciárias é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal criada por meio da Lei 8.029/1990, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

O INSS é o órgão estatal responsável pela concessão, manutenção e revisão dos benefícios previdenciários em todo o território brasileiro. Conta com corpo próprio de procuradores federais, os quais ingressam na carreira por meio de concurso público de provas e títulos.

O ente autárquico goza das prerrogativas e privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, conforme disposto no art. 8º da Lei 8.620/1993³. Uma das prerrogativas que se destaca é o prazo em dobro para interposição de recursos. Há exceção com relação aos processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 9º da Lei 10.259/2001⁴, já que as ações aqui se pautam pela ideia

³ Art. 8º O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou oponente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quando à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens.

⁴ Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.

de maior celeridade, em virtude da concentração dos atos processuais, não sendo razoável que se confira o privilégio do prazo diferenciado às pessoas jurídicas de direito público.

2.2.2 Litisconsórcio

A ocorrência de pluralidade de autores - litisconsórcio ativo – é bastante comum nas ações previdenciárias. Basta pensar, por exemplo, em um pedido de concessão de pensão por morte postulado pelo cônjuge e pelos filhos menores ou inválidos. Outra situação corriqueira é a das ações revisionais, nas quais o objeto da demanda é o mesmo, comportando apreciação uniforme por parte do julgador.

Quanto ao polo passivo, já foi dito que o INSS é o réu por excelência das ações aqui tratadas. Porém, é possível a formação de litisconsórcio passivo na lide previdenciária, em diversas hipóteses. Um exemplo seria a ação proposta pela alegada companheira, objetivando a concessão de pensão por morte, tendo, como réu, a autarquia previdenciária. Verificando-se que a esposa já está recebendo o benefício de pensão por morte de cônjuge, é preciso que, ela seja chamada para compor o polo passivo, já que, em se tratando de litisconsórcio passivo necessário, a ausência de citação (nesse caso, da viúva) enseja a nulidade do processo. Nesse sentido, os seguintes julgados, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO MOVIDA PELA COMPANHEIRA. BENEFÍCIO MANTIDO EM NOME DA. EX-ESPOSA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. SENTENÇA ANULADA. PREJUDICADA A APELAÇÃO. 1. Se o INSS comunica que o de cujus é o instituidor de pensão, que tem como titular ex-esposa, com data de início de benefício posterior ao ajuizamento da ação, proposta pela suposta companheira, cuja pretensão é idêntica, faz-se necessário o retorno dos autos à instância de origem, para que se proceda à sua citação, na qualidade de litisconsorte passiva necessária. 2. Sentença anulada, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, com o fim de que a autora promova a citação de litisconsorte passiva necessária. 3. Remessa oficial provida. Prejudicada a apelação. (AC 200736000028597, DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 04/07/2012) (Grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO PROPOSTA POR COMPANHEIRA. EXISTÊNCIA DE VIÚVA QUE RECEBE O BENEFÍCIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA

DE CITAÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO. - Na hipótese em questão, eventual direito da parte autora ao recebimento da pensão por morte implicará em interferência direta na esfera de direitos da viúva do de cujus, à medida que resultará em desdobramento de benefício já concedido (art. 77 da Lei 8.213/91). - É nulo, ab initio, o processo, pois, tratando-se de ação em que se postula o direito ao recebimento de pensão por morte já concedida a outro dependente, mister se faz a citação deste, a fim de que venha integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário (art. 47 do CPC). - Acolhida a preliminar do INSS e declarado nulo o processo, a partir dos atos posteriores à contestação. Determinada a remessa do feito a primeira instância para o seu regular prosseguimento, com a devida citação da litisconsorte. - Apelação do INSS provida. Prejudicado o pedido de tutela antecipada da parte autora.
(AC 200903990045986, DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY, TRF3 - OITAVA TURMA, DJF3 de 02/02/2010) (Grifo nosso)

Existe também a possibilidade de ocorrência do litisconsórcio passivo necessário entre o INSS e a União, em ações relativas à concessão de aposentadorias ou pensões de determinadas categorias profissionais. É o caso, por exemplo, da complementação de aposentadoria paga a empregados inativos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, nos termos da Lei 8.529/1992⁵. Embora os recursos necessários sejam debitados da conta de dotações próprias consignadas no Orçamento da União, é o INSS o responsável pelo efetivo pagamento ao beneficiário. Uma outra hipótese diz respeito à aposentadoria especial de anistiado, regulada pelo Decreto nº 611/1992⁶, em que também é a União a responsável pelas despesas decorrentes do pagamento do benefício, cabendo à autarquia previdenciária a análise de sua concessão.

2.3 Condições da ação

São condições da ação a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 314). Trata-se das condições para que se possa exigir, legitimamente, o provimento jurisdicional de mérito.

⁵ Art. 5º A complementação da pensão de beneficiário do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), abrangido por esta lei, é igualmente devida pela União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do parágrafo único do art. 2º desta lei.

⁶ Art. 137. Constituem encargos da União as despesas correspondentes ao pagamento da aposentadoria excepcional e da pensão por morte de segurado anistiado.

Quanto à legitimidade das partes, já houve manifestação anterior no presente estudo no item versando sobre os sujeitos do processo.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, devido ao objeto da lide previdenciária, defende-se que o julgador deve analisar a pretensão deduzida na petição inicial sem rigor demasiado. O pedido que não poderá ser apreciado pelo Judiciário é aquele cuja possibilidade de atendimento sequer foi prevista pelo ordenamento. Um exemplo comumente tratado nos cursos de Direito é o do pedido de divórcio em um país que não regula tal instituto. Em se tratando de ação previdenciária, seria juridicamente impossível, por exemplo, um pedido de concessão de aposentadoria por idade a servidor público estatutário, com fulcro na Lei de Benefícios. Como não existe a possibilidade de se apreciar tal pedido, o processo deve ser extinto, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil⁷.

No concernente às condições da ação, o interesse de agir em matéria previdenciária é o tema que traz maiores indagações. A questão principal diz respeito à necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício pleiteado em juízo.

A prestação jurisdicional deve ser necessária e adequada, entendendo-se que a necessidade de se movimentar o aparato judiciário se dá na impossibilidade de obter a satisfação do direito pleiteado sem a intervenção judicial, visto que a parte contrária se nega a satisfazê-lo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 314).

Se o autor da demanda previdenciária não requereu administrativamente o benefício, não houve a manifestação contrária da Administração Pública. Desse modo, indaga-se se haveria interesse de agir ao postular em juízo o pretense direito. Para Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 709), o segurado que pleiteia um benefício previdenciário judicialmente, sem manifestar seu desejo perante o INSS, seria carecedor do direito de ação, pois não haveria interesse de agir.

Ao tratar do assunto, inúmeros julgados fazem referência à Súmula 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos⁸ ou, no caso da Justiça Federal da 3ª Região,

⁷ Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁸ Súmula 213/TFR - O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária.

à Súmula 9 do respectivo Tribunal Regional Federal⁹. Ambos os verbetes, porém, asseguram o acesso à jurisdição independente do *exaurimento* da via administrativa, isto é, sem que seja necessário esperar por todos os recursos que possa haver nesse âmbito. Em se tratando de um bem jurídico com caráter alimentar, seria desarrazoado esperar a última manifestação da autarquia previdenciária para só então se permitir o ingresso em juízo.

O que se discute aqui, porém, é a necessidade do *primeiro* requerimento ao INSS e disso as súmulas referidas não tratam. Ao comentar o tema, assim expõe Savaris (2008, p. 213):

No âmbito do processo judicial previdenciário, onde se revela de redobrada importância os valores como o de celeridade, efetividade e economia processual, não há como suportar o custo pela atribuição ao magistrado de tarefa que lhe é estranha, isto é, quando a parte formula um pedido diretamente em Juízo, o magistrado deixa de oferecer solução a uma lide, para se transformar em um agente conessor de benefício previdenciário, o que acarreta, em termos de tempo, um enorme custo para o processo. (Grifo nosso)

Contudo, para Serau Junior (2010, p. 158-159) a resposta adequada seria “a aceitação da tese de desnecessidade do *próprio pedido administrativo* como condição de acesso à justiça – o que encontra fundamento naquela disposição constitucional que garante o direito de ação [...]”.

Com certo temperamento, há de se concordar com o segundo autor. Não é desejável que o magistrado passe a atuar como se fosse agente administrativo, mas considerando que o autor é presumivelmente hipossuficiente e que o acesso à via administrativa nem sempre é facilitado (inexistência de agências do INSS na região, por exemplo), é defensável a possibilidade de ajuizamento de ações previdenciárias sem a necessidade de prévio requerimento administrativo.

Conforme a estrutura administrativa do INSS seja aperfeiçoada e expandida, com a abertura de agências em municípios menores, naturalmente haverá maior procura pelos serviços prestados pela autarquia. Enquanto isso não ocorre, não parece razoável exigir da parte autora um comprovante de requerimento administrativo que, no mais das vezes, consiste em um simples protocolo de indeferimento do pedido.

⁹ Súmula 9/TRF3 - Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

De qualquer modo, não se afasta o juízo de valor em cada caso concreto. Se na cidade do autor existe uma agência da Previdência Social com regular funcionamento, se o requerente possui conhecimento suficiente acerca de seus direitos ou se dispõe de recursos financeiros para sua sobrevivência por determinado tempo, sem que isso lhe acarrete transtornos ou constrangimentos, não se justifica o ajuizamento de uma ação sem que antes se busque o benefício administrativamente.

Por outro lado, e aqui Savaris (2008, p. 213) abre uma exceção, “se é forte a presunção de que o INSS indeferirá determinado benefício previdenciário, porque ostensivo o descompasso entre o proceder administrativo e consagrada orientação jurisprudencial, é possível o ajuizamento direto da ação de concessão de benefício previdenciário”.

Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 710) também elege duas situações em que entende possível o ingresso judicial sem prévio requerimento administrativo, ressaltando, portanto, seu entendimento quanto à carência de ação por falta de interesse de agir, conforme já exposto. Uma primeira hipótese é a ausência de manifestação por parte do INSS no período de 45 dias após o pedido administrativo, considerando que esse é o prazo legal para concessão do benefício, nos termos da Lei nº 8.213/1991¹⁰. Não havendo resposta da autarquia e não sendo aqueles casos em que o próprio requerente dá motivo ao atraso (não apresenta os documentos, por exemplo), é cabível o ingresso em juízo. Uma outra situação é semelhante àquela exposta por Savaris: a ação seria cabível, mesmo sem prévio requerimento, quando “o entendimento da autarquia é contrário aos interesses do segurado, já abundantemente exarado, em decisões internas anteriores e em pareceres” (IBRAHIM, p. 710).

É preciso lembrar que a Administração Pública obedece ao princípio da legalidade, sendo defeso ao agente, no caso, o servidor do INSS, efetuar a concessão de benefício em desconformidade com o determinado pela legislação previdenciária, não podendo, por exemplo, aplicar a analogia. O magistrado, embora também obedeça aos ditames legais, tem maior margem de atuação, podendo valer-se dos ditames constitucionais e recorrer, na lacuna da lei, aos princípios gerais do

¹⁰ O autor aplica, em realidade, o disposto no artigo 41-A, §5º, que trata do reajuste e pagamento dos benefícios: O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.

direito, aos costumes e à analogia. Na seara previdenciária, é bastante comum o reconhecimento de atividades em condições especiais por meio de aplicação analógica entre as profissões constantes de determinados decretos e regulamentos e a profissão do demandante, como se pode observar no seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR URBANO. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO. TEMPO DE ATIVIDADE URBANA COMPROVADO EM CTPS. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. 1. A anotação em CTPS basta à comprovação e ao cômputo do tempo de serviço, em sendo responsabilidade do empregador o recolhimento das contribuições do segurado empregado. 2. Os Decretos 53.831/64 e 83.080/79, que vigoraram até a edição do Decreto 2.172/97, devem ser aplicados conjuntamente para o fim de enquadramento da atividade como prejudicial à saúde ou integridade física. 3. Conquanto a lei não preveja expressamente o enquadramento da atividade de vigia no rol de atividades especiais, é forçoso reconhecer sua periculosidade, independente do uso de arma de fogo, por analogia a função de guarda, prevista no item 2.5.7 do Decreto 53.831/64. (REsp 449.221 SC, Min. Felix Fischer) 4. O percentual da verba honorária merece ser mantido, porquanto fixado de acordo com os §§ 3º e 4º do art. 20 do C. Pr. Civil, e a base de cálculo deve ser limitada ao que dispõe a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações até a data da sentença. 5. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta às quais se dá parcial provimento, apenas quanto à limitação da base de cálculo da verba honorária. (AC 200003990295392, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA TERCEIRA SEÇÃO, DJF3 de 18/09/2008.) (Grifo nosso)

O servidor do INSS, contudo, assim não poderá proceder. Desse modo, sabendo-se, de antemão, que o agente administrativo indeferirá o benefício, visto que há a necessidade de interpretação doutrinária e jurisprudencial a embasar determinada decisão, cabe ao Poder Judiciário a apreciação do pedido do autor, independente de qualquer prévio requerimento à Administração Pública.

2.4 Competência em matéria previdenciária

A competência para processar e julgar as ações previdenciárias aqui tratadas, ou seja, aquelas em que o INSS, autarquia federal, figura como réu, é da Justiça Federal, conforme determinação constitucional:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

O critério central traçado no inciso supramencionado é o da qualidade da parte. O legislador constituinte, por sua vez, ciente das dificuldades de acesso às varas federais – visto que o processo de “interiorização” da justiça federal encontra-se, ainda hoje, em andamento – destacou a possibilidade de ajuizamento de ação previdenciária perante a justiça estadual, nos termos do parágrafo 3º do art. 109:

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Trata-se de garantir a efetividade do acesso à Justiça, bem como o próprio direito de ação do demandante, presumidamente hipossuficiente.

A competência do órgão estadual investido da delegação federal é regida pelo critério territorial, tratando-se de competência relativa. Portanto, assiste ao segurado o direito de opção entre propor a ação no foro estadual de seu domicílio ou no juízo federal (cuja jurisdição alcance a região do seu domicílio). Há, ainda, uma outra possibilidade, que é o ajuizamento da ação no juízo federal da capital do Estado-membro. Nesse sentido, a Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal:

O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da Capital do Estado-Membro.

Por outro lado, deve-se notar que, se o segurado reside em município no qual haja vara federal, inexistente a possibilidade de opção entre os juízos federal e estadual, pois a competência originária, de caráter absoluto, é da Justiça Federal.

É também de competência privativa da Justiça Federal o julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade federal; na área previdenciária, uma situação comum é a do gerente da agência do INSS figurando como autoridade coatora. Segue válida, portanto, a Súmula 216 do extinto TFR – Tribunal Federal de Recursos:

Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade previdenciária, ainda que localizada em comarca do interior.

Cabe ressaltar que a competência delegada diz respeito apenas ao primeiro grau de jurisdição, sendo que o recurso cabível será processado perante o Tribunal Regional Federal da área de jurisdição do juiz de direito, conforme dispõe o parágrafo 4º do art. 109 da Constituição.

Uma outra questão pertinente, considerando apenas a justiça federal, é a da possibilidade de instalação de varas especializadas na matéria previdenciária. O autor que reside na cidade de São Paulo, por exemplo, conta com a possibilidade de ajuizar sua ação perante uma das varas previdenciárias da capital. Aquele que é domiciliado no interior pode, conforme já visto, optar por propor a demanda na capital do Estado-membro, mas é provável que, por questões de comodidade e facilidade de acesso, escolha fazê-lo no juízo federal de seu domicílio. Ora, é muito provável que seu processo tramite em meio a inúmeros outros feitos de diferentes matérias. Assim, não é de se estranhar que o julgador não tenha tanta familiaridade com o direito previdenciário, situação distinta daquele juiz que julga apenas feitos dessa natureza. Considerando que o INSS figura na lista dos cem maiores litigantes, seria razoável que cada vara federal dispusesse de um “*juiz previdenciário*”, que pudesse se debruçar na matéria, que conhecesse a fundo o tema.

Deve-se dizer que não se trata de ideia inédita, provavelmente é algo que passa pelo pensamento dos operadores do direito previdenciário. Nesse sentido, em obra específica sobre competência das ações previdenciárias, extrai-se o seguinte excerto (ALVES; TEIXEIRA, 2007, p. 14):

O direito está cada vez mais especializado, bem como os operadores do direito estão cada vez mais deixando de fazer a advocacia geral para se especializar em determinada área, não só para atingir um melhor resultado a seu cliente, como pela necessidade diante da peculiaridade da matéria. E se a magistratura não estiver especializada para recepcionar as matérias específicas, o direito e a sociedade ficarão prejudicados pelas sentenças falhas devido a falta de preparação.

Comungamos então para, no futuro, a competência ser somente em razão da matéria, a ponto de ter em todo território nacional varas, e ou foros especializados na matéria a ser julgada, bem como os Tribunais terem câmaras específicas para cada área.

Há ao menos um dado tranquilizador, no que tange à segunda instância: no Tribunal Regional Federal da 3ª Região há 16 desembargadores (ou juízes federais convocados) que julgam apenas matéria previdenciária. Quiçá tal especialização, paulatinamente, alcance a justiça de primeiro grau.

Cumprе destacar, ainda, que a Constituição excluiu expressamente da competência da Justiça Federal as causas relativas a acidentes de trabalho (art. 109, I), as quais são processadas e julgadas perante a Justiça Estadual, com recursos direcionados aos Tribunais de Justiça Estaduais.

Essas causas são aquelas “em que se busca a concessão ou mesmo a revisão de uma prestação previdenciária decorrente de acidente de trabalho” (SAVARIS, 2008, p. 373). Assim, todas as ações que objetivam a concessão dos benefícios de auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, decorrentes de acidente de trabalho, devem ser propostas perante o juízo estadual.

Ressalte-se que não há que se confundir a ação acidentária com aquela proposta pelo trabalhador contra o empregador ou tomador de serviço, na qual se pleiteia a indenização por danos patrimoniais e morais, em decorrência de acidente de trabalho. Nesse caso, a competência para processamento e julgamento é da Justiça do Trabalho (art. 114, VI, CF e Súmula vinculante nº 22¹¹).

2.4.1 Competência dos Juizados Especiais Federais

A necessidade de um procedimento especial para pequenas causas se insere na chamada terceira onda renovatória, dentro do contexto da fase instrumentalista do processo, na qual se procura pensar criticamente o sistema processual, examinando seus resultados práticos, com a consciência de que o sistema segue falho na sua busca por justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 49).

¹¹ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Súmula vinculante nº 22/STF - A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Nessa fase, existe, dentre outras, uma preocupação com os meios mais adequados para solucionar pequenas “injustiças”, sendo que uma das alternativas encontradas foi a criação de juizados específicos para processamento de tais demandas.

Os Juizados Especiais Federais (Cíveis e Criminais) foram instituídos pela Lei 10.259/2001, com o objetivo de possibilitar o acesso da sociedade a um procedimento mais célere, já que, em relação ao processo dito clássico, temos maior concentração de atos processuais no âmbito dos Juizados.

Basicamente, a sua competência encontra-se delimitada pelo valor da causa, nos termos do art. 3º da referida lei:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

De acordo com o parágrafo 3º do artigo *supra*, no foro onde estiver instalada vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta. Assim, se o autor reside em localidade que seja sede de Juizado Especial Federal e se a causa não ultrapassa o valor de sessenta salários mínimos, ele deve ali propor a demanda, necessariamente. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. ART. 3º, § 3º, DA LEI N. 10.529/2001. 1. As causas de competência da Justiça Federal cujo valor seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos serão processadas, conciliadas e julgadas no Juizado Especial Federal. 2. Nos casos de litisconsórcio ativo, o valor da causa para fixação da competência é calculado dividindo-se o valor total pelo número de litisconsorte. 3. Hipótese em que o valor individual da causa é de R\$ 4.600,00, portanto, bem inferior ao limite de 60 (sessenta) salários mínimos determinado no art. 3º, caput, da Lei n. 10.259/2001, para fixar a competência absoluta dos Juizados Especiais Federais. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 201001587397, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE de 14/02/2011.)

PROCESSO CIVIL - JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS E JUIZO FEDERAL CÍVEL - VALOR DA CAUSA - COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI Nº 10.259/01, ART. 3º, CAPUT E § 3º. 1. O valor dado à causa pelo autor fixa a competência absoluta dos Juizados Especiais. 2. O Juizado Especial Federal Cível é absolutamente competente para processar e julgar causas afetas à Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º, caput e § 3º, da Lei 10.259/2001). 3. Recurso especial conhecido e provido parcialmente.

(RESP 201000444204, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE de 22/06/2010.)

Contudo, é de se criticar a opção feita pelo legislador, já que a facultatividade atenderia melhor aos anseios do jurisdicionado, que poderia optar pelo procedimento em tese mais célere e concentrado dos Juizados ou pelo processo ordinário. Não se está cogitando, em nenhum momento, que as ações que tramitam nos Juizados sejam mais simples do que as de competência da vara federal comum, mas considerando o rito diferenciado dos Juizados, talvez se possa falar em maior ou menor *adequação* de certas causas. Por exemplo, se já se sabe, de antemão, que a demanda ensejará a realização de várias perícias, o que requer *mais tempo*, a parte poderia optar pelo ajuizamento da ação na vara comum. Não foi essa, contudo, a escolha do legislador.

Outro ponto que merece destaque nas lides previdenciárias é o fato de que a parte autora pode ingressar com a ação nos Juizados sem o intermédio de um advogado, conforme disposto no art. 10 da Lei nº 10.259/2001. É certo, porém, que do lado oposto encontrará um procurador federal representando o INSS. Como ressaltam Cappelletti e Garth (1988, p. 97), “o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem”. Nesse caso, melhor seria se o legislador estabelecesse a obrigatoriedade de representação por advogado, reforçando-se os mecanismos de assistência judiciária aos hipossuficientes. Ou, ao menos, impusesse a necessidade de acompanhamento por um representante com conhecimento jurídico.

Em outras palavras, a ação previdenciária não é proposta contra um outro particular, um oponente, em tese, no mesmo patamar do autor. É uma ação perante uma autarquia federal, cuja defesa é realizada por um corpo de procuradores federais. Ingressar com a ação sem estar representado por um advogado acaba sendo, em muitas ocasiões, uma escolha bastante temerária.

O citado artigo 10, porém, traz um ponto positivo, que é a autorização dada aos representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais para conciliar, transigir ou desistir dos processos de competência dos Juizados Especiais Federais, o que certamente pode evitar o uso de mecanismos meramente protelatórios.

2.5 A antecipação dos efeitos da tutela nas ações previdenciárias

A antecipação dos efeitos da tutela ou, como é mais comumente tratada, a tutela antecipada, tem sido admitida com frequência nas demandas previdenciárias¹², o que é bastante compreensível, já que se trata de prestações destinadas à sobrevivência do segurado ou de seus dependentes. Aguardar o término da fase instrutória poderia ocasionar prejuízo irreparável ao autor da ação.

Em inúmeras ocasiões, o INSS contesta tal possibilidade ao argumento de que descabe o deferimento do pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Isso porque a Lei nº 8.437/1992 vedou a concessão de liminar contra atos do Poder Público e a Lei nº 9.494/1997 estendeu a aplicação dessa proibição à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do CPC.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dessa norma (Ação Direta de Constitucionalidade 4, julgada em 11/02/1998) mas, posteriormente, em sessão realizada em 26/11/2003, editou a Súmula 729, eliminando a controvérsia, nos seguintes termos:

A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Assim, hoje é pacífico o entendimento de que é possível a antecipação dos efeitos da tutela nas ações previdenciárias, cabendo ao juiz analisar os requisitos para a sua concessão, nos termos do artigo 273 do CPC. Pode-se dizer que, grosso modo, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I) é presumido nos pedidos de concessão de benefícios previdenciários, visto que o pleiteante se encontra privado da plena capacidade de trabalho ou dependia do trabalho do segurado para sobreviver (caso dos pensionistas ou beneficiários do auxílio-reclusão, por exemplo). Uma ressalva seria o caso de recálculo de benefício, em que não haveria o preenchimento do requisito previsto no inciso mencionado, “desde que o valor atualmente recebido seja suficiente para assegurar a sobrevivência digna até a prolação da sentença” (FORTI, 2009, p. 74).

¹² De acordo com a experiência da aluna na análise dos processos em grau recursal, na condição de servidora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

De modo geral, não se antecipa a tutela nos casos em que o autor esteja recebendo o benefício, conforme se denota do seguinte julgado:

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. - O recurso foi interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, caput, do CPC. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal: admitido o agravo regimental como se de agravo legal se tratasse, uma vez que não configurada hipótese de erro grosseiro nem de má-fé. - Em análise perfunctória, ausentes os requisitos para a concessão da tutela almejada. Postula o agravado na ação principal a revisão da aposentadoria por idade, para excluir do cálculo da RMI o fator previdenciário. Destarte, está recebendo o benefício, restando demonstrado que está protegido pela cobertura previdenciária, evidenciando-se a desnecessidade da medida ante a explícita ausência do periculum in mora. - Agravo legal improvido. (AI 200903000395275, JUIZA VERA JUCOVSKY, TRF3 - OITAVA TURMA, DJF3 de 18/08/2011)

Nos termos do *caput* do artigo 273, exige-se também a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Isto é, não basta afirmar que se está diante de uma situação de verdadeiro risco social, sendo necessário que o demandante apresente prova que permita ao juiz concluir pela plausibilidade da existência do direito alegado e não pela sua mera possibilidade.

Embora se defenda no presente trabalho que a lide previdenciária apresenta uma parte presumidamente hipossuficiente, não há necessidade de “flexibilizar” a interpretação dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada. O legislador, atento às circunstâncias sociais e ao perigo que a demora poderia acarretar àquele que busca uma prestação jurisdicional, lançou mão do instrumento das tutelas de urgência (antecipada e cautelar), aplicáveis nos mais diversos ramos do direito.

Um ponto que é preciso esclarecer diz respeito à posterior revogação da tutela concedida, com o decreto de improcedência do pedido, e a necessidade de restituição dos valores recebidos. Nesse caso, existe entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de ser descabida a devolução, considerando a natureza alimentar dos benefícios previdenciários e a boa-fé dos que receberam as prestações. A interpretação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça é a seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. DEVOLUÇÃO DE

VALORES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. MATÉRIA NOVA EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. A revogação da antecipação assecuratória importa no dever de restituição das partes ao estado anterior, bem como na liquidação de eventuais prejuízos advindos da execução provisória, com efeito *ex tunc*, em razão do caráter precário imanente às decisões de natureza antecipatória. 2. A Terceira Seção, no entanto, restringiu a aplicação desse entendimento, assentando a compreensão de que, em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela em ação de natureza previdenciária posteriormente cassada, o segurado não está obrigado a restituir os valores recebidos, em virtude do caráter alimentar do benefício. 3. Em agravo regimental não se conhece de matéria que sequer foi suscitada nas razões do especial. 4. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200702874622, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJ de 25/08/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PERCEBIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, POSTERIORMENTE REVOGADA. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE. 1. As verbas previdenciárias, de caráter alimentar, percebidas antecipadamente por meio da concessão de tutela judicial, não são objeto de repetição. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento (AgRg no ARESP 201001788402, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ – SEXTA TURMA, DJ de 03/08/2011)

Como se pode observar, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários, que já foi defendido no presente estudo, encontra guarida nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2.5.1 O princípio *in dubio pro misero* nas ações previdenciárias

Dada a relevância de sua aplicação pela jurisprudência, considera-se relevante traçar algumas linhas acerca do chamado princípio *in dubio pro misero*. Tanto José Antonio Savaris (2008) como Marcelo Leonardo Tavares (2009) e Marco Aurelio Serau Junior (2010), em diversos pontos de suas obras, defendem a aplicação do princípio no direito previdenciário, relacionando-o com o princípio *in dubio pro operario* do direito trabalhista.

É de se notar, contudo, que a doutrina trabalhista não vem utilizando o princípio referido de modo tão natural como querem fazer crer os autores citados. Há quem não recomende o uso do brocardo, por considerá-lo “perigoso, porque pode levar algum leigo a acreditar que a dúvida sempre militarà a favor do empregado, inclusive quando da prova mal feita no processo do trabalho ou quando da

documentação incompleta, por exemplo, o que está muito longe de ser verdade” (SILVA, 2009, p. 226). Maurício Godinho Delgado (2010, p. 197-198) é contundente em sua crítica, considerando ultrapassado o uso da expressão. Ao tratar da *dimensão processual* do princípio, assim se pronuncia:

[...] tal diretriz correspondia a uma fase rudimentar do Direito do Trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações. Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueam, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operario*.

Sobre as considerações da doutrina trabalhista, não se afigura adequado discorrer sobre a viabilidade da manutenção do princípio *in dubio pro operario* no âmbito das relações de trabalho, visto que foge ao tema do presente estudo. Porém, é de se defender a aplicação do princípio *in dubio pro misero* no processo judicial previdenciário, pois ainda que se possa chegar à conclusão de que, no Direito do Trabalho, o brocardo é ultrapassado, nada obsta sua aplicação (adaptada aqui para *pro misero*), visto que a interpretação varia conforme o ramo do Direito (MAXIMILIANO, 2004, p. 247).

Um exemplo que ilustra a diferença entre as lides trabalhista e previdenciária é o dos trabalhadores rurais em regime de economia familiar. Nesse caso, a parte que está em melhores condições de provar é o próprio rurícola, o que não significa que a demonstração de que realmente laborou como campesino seja tarefa simples. Assim, ainda que se promova uma distribuição diferenciada do ônus probatório, como comenta Godinho, as situações apresentadas nas demandas previdenciárias diferem daquelas vivenciadas pelos prestadores e tomadores de serviço que buscam a justiça do trabalho.

O que não se pode perder de vista é o início do brocardo (*in dubio*), isto é, esse princípio só será aplicado se o juiz estiver em um estado de dúvida. Assim, “a solução *pro misero* deve ser aplicada quando, em uma perspectiva formal, qualquer dos resultados dispostos pela sentença pareça razoável. Na dúvida, decide-se

casuisticamente evitando-se o sacrifício de direito fundamental” (SAVARIS, 2008, p. 48).

Exemplo bastante ilustrativo, aqui adaptado, é dado por Wladimir Novaes Martinez (2010, p. 98): se há duas perícias médicas, uma considerando o segurado incapaz e outra com entendimento contrário, impõe-se a necessidade de um terceiro exame, “desempatador”, não cabendo ao juiz decidir, ainda, pela concessão do benefício por incapacidade; contudo, se o demandante falece antes de realizado o terceiro exame, a incerteza chega à dúvida e se torna possível a aplicação do princípio.

A jurisprudência previdenciária vem utilizando o princípio:

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - DÚVIDAS DO PERITO QUANTO À INCAPACIDADE - *IN DUBIO PRO MISERO* - CONDIÇÕES PESSOAIS DO SEGURADO E DEMAIS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS - DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. 1. O perito judicial não soube avaliar, com precisão, se a doença que acomete o autor (artrose lombar), torna-o total e definitivamente incapaz para o trabalho. 2. Em homenagem ao princípio *in dubio pro misero* e considerando os demais documentos acostados aos autos, a atividade habitual exercida pelo autor (lavrador), seu grau de instrução e idade (63 anos), entendo que deve ser-lhe assegurado o direito à aposentadoria por invalidez pleiteada, visto que o mesmo não se investe de qualificações profissionais técnicas suficientes para lhe permitir prover ao trabalho, com que manter sua auto-subsistência, com larga margem de opção. Não me parece razoável, depois de quase dez anos do ajuizamento da ação, a realização de nova perícia. 3. Apelação do autor provida.

(AC 200601990192764, JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, TRF1 - 1ª TURMA SUPLEMENTAR, DJ de 18/05/2011)

Acredita-se na adequação do princípio *in dubio pro misero* aos casos concretos, como se pode observar do julgado transcrito, bem como na gradativa sensibilização dos intérpretes quanto a sua importância. Para Maria Lúcia Luz Leiria (2001, p. 169), o momento atual requer “nova postura hermenêutica” rumo à efetividade do direito previdenciário. Sob essa ótica, diz, “passa-se a examinar determinadas lides que, por reiteradas provocações ao Judiciário, levam a concluir pela necessidade desta nova postura interpretativa para que se alcance a efetividade destes direitos garantidos pela Constituição Federal”.

Os constitucionalistas, por sua vez, não ignoram a necessidade de uma interpretação adequada aos diversos direitos. Para Canotilho (1996, p. 545), “as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas (por ex.,

no caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social deve seguir-se a interpretação mais extensiva possível)”.

Embora o foco do estudo seja na processualística, seria inócuo fazê-lo sem que se tenha em mente o direito material aqui tratado e também sem olvidar que a previdência social é um *direito social* previsto em nossa Constituição Federal.

2.6 Coisa julgada previdenciária

Ao optar pelo estudo da prova no processo judicial previdenciário, alguns temas fogem do âmbito da investigação, como é o caso da fase de execução ou dos procedimentos administrativos. Não se pode deixar de mencionar, contudo, a coisa julgada previdenciária. Muito embora se esteja diante de processo já transitado em julgado, é pertinente tratar do assunto, visto que se relaciona diretamente com a possibilidade de novo ingresso em juízo, distanciando-se do entendimento aplicado ao processo civil *comum*.

Em síntese, “a coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 408). Essa imutabilidade, por sua vez, pode restringir-se aos limites do processo em que proferida a decisão ou projetar-se além deles. No primeiro caso, temos a *coisa julgada formal*, fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial, seja devido ao esgotamento das vias recursais, seja em virtude do decurso do prazo recursal. A coisa julgada formal é um pressuposto para a existência da *coisa julgada material*, que é a imutabilidade que se opera dentro e fora do processo (fenômeno com eficácia endo/extraprocessual), fazendo com que a decisão judicial se torne cristalizada (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 409). Desse modo, “nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 49).

Já foi visto que o autor da demanda previdenciária busca a satisfação de uma prestação de natureza alimentar. Partindo desse pressuposto, Savaris (2008, p. 89) defende “que o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão formal”. Não é adequado, prossegue o autor,

“que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa, na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente”.

Outros autores, como Carlos Alberto Pereira Castro e João Batista Lazzari (2010, p. 792-793) e Marco Aurélio Serau Junior (2010, p. 146-147), ao tratar do assunto, limitam-se a corroborar a tese exposta pelo autor supracitado, motivo pelo qual serão expostos os argumentos por ele exarados, para quem a ideia de coisa julgada previdenciária ou “coisa julgada segundo a prova dos autos” (*secundum eventum probationis*) é a que melhor se adequa à singularidade da lide previdenciária. O juiz, diante de um quadro de insuficiência de provas, poderia extinguir o feito sem julgamento de mérito, autorizando-se a propositura de nova ação.

Sabe-se, contudo, que a valoração da prova pelo juiz enseja a apreciação do mérito. Na tentativa de superar tal contradição, assim se pronuncia o autor (SAVARIS, 2008, p. 89):

Ao concluir que não há prova material, impõe-se a extinção do processo com o julgamento do mérito. Ao se orientar para o encerramento sem o julgamento do mérito, contudo, o juiz se abre ao apelo do bem da vida que se encontra em discussão, distanciando-se da forma processual civil em nome de um valor maior. Resguardando a possibilidade de o indivíduo reunir os elementos de prova necessários e obter finalmente o benefício previdenciário, a homenagem é feita à lógica da preservação da vida, à ideia de não preclusão do direito previdenciário.

[...]

Na extinção do processo sem o julgamento do mérito por falta de provas há também um importante reconhecimento da insuficiência do poder de cognição do juiz. A decisão final deixa de ser vista como um veredicto imutável para ser melhor compreendida como uma decisão ‘nestes termos’ ou ‘por agora’.

É isso o que expressa a decisão que extingue o feito sem julgamento do mérito por ausência de prova material: primeiro, a possibilidade de que existam provas favoráveis ao autor que não constam nos autos e que poderiam mudar a sua sorte; segundo, a injustiça ou a gravidade de se tornar essa decisão imutável e, assim, negar definitivamente o benefício previdenciário em que pese aquela possibilidade.

Aqui, há que se discordar do autor. Se as provas existentes, devidamente apreciadas, são consideradas insuficientes ao convencimento judicial, o decreto deve ser de improcedência do pedido e não de extinção do processo sem julgamento de mérito. Deve-se considerar que o acesso à via judicial já propicia ao autor da demanda a possibilidade de análise do pedido com critérios mais *elásticos* (legais, por óbvio) do que aqueles utilizados no âmbito administrativo. Possibilitar o

ingresso repetido a cada prova obtida seria permitir o ajuizamento de ações “aventureiras”, mal instruídas, levando a um ainda maior congestionamento de demandas no Poder Judiciário. Melhor que se destine tempo para a efetivação de um processo satisfatoriamente instruído do que movimentar todo o aparato disponível para, ao final, julgar extinto o processo sem julgamento de mérito (e, o que é pior, sem que, necessariamente, tenha havido um julgamento célere). Mais adiante, o que se defenderá no presente trabalho é a postura ativa do juiz na condução do processo, o que evitaria, na medida do possível, que se chegasse a uma insustentável situação de *precariedade de provas* ao fim da instrução processual.

É preferível defender, portanto, um processo *bem conduzido* do que aceitar a tese da coisa julgada previdenciária. Não se ignora, porém, a possibilidade de propositura de nova ação nos casos que envolvem os benefícios por incapacidade, pois é bastante comum o agravamento da doença ou o surgimento de outras moléstias. Aqui, contudo, não existe propriamente afronta à coisa julgada, visto que há causa de pedir diversa. Nesse sentido, o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. I - Tratando-se de ação de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença, não ocorre a coisa julgada material, podendo configurar-se causa de pedir diversa, decorrente de eventual agravamento do estado de saúde do autor. II - Necessária a realização de prova pericial a fim de se concluir quanto à existência de eventual agravamento do estado de saúde do autor, bem como a configuração de sua incapacidade laboral, somente possível na fase instrutória do feito. III - Preliminar argüida pelo autor acolhida, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem para processamento do feito e novo julgamento. Mérito da apelação prejudicado. (AC 00035393620064036113, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJF3 de 21/05/2008) (Grifo nosso)

Outro ponto que merece ser lembrado é a possibilidade de propositura de ação rescisória com fulcro no artigo 485, VII, do CPC¹³. Embora a lei exija documento cuja existência a parte autora ignorava ou não pôde fazer uso, há entendimento jurisprudencial pacífico no sentido de que, em se tratando de trabalhadores rurais, é possível a propositura da rescisória aparelhada com

¹³ 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 pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

documentos que, à primeira vista, não se enquadrariam nos exatos termos da lei, como é o caso das certidões de casamento ou de nascimento dos filhos, documentos bastante comuns e acessíveis. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DOCUMENTO NOVO. APTIDÃO PARA ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL. 1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e também a desta Corte, em função das adversas condições de cultura do meio social em que se dá o trabalho do rurícola, tem abrandado o rigor processual no que concerne à interpretação do conceito de 'documento novo', concluindo que a existência era ignorada, sem necessidade de prova da ignorância, ainda que existente o elemento material de prova quando do ajuizamento da ação subjacente. 2 - Em se tratando de documento novo, é necessário que ele não apenas existisse ao tempo do processo no qual foi proferida a decisão rescindenda, mas que seja capaz, por si só, de alterar o resultado dado pelo julgador à causa, logrando, com a sua apresentação, uma análise diferenciada do conjunto probatório tido por insuficiente. 3 - Penso que a solução pro misero adotada pelos nossos tribunais e aqui já referida, não se abala pelo fato de o marido da autora, em seu próprio processo, no qual objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ter se utilizado dos documentos aqui apresentados como novos. Muitas vezes os documentos, existentes ao tempo da demanda, encontram-se nas mãos da demandante, como é o caso da sua certidão de casamento ou do título de eleitor do marido, e aqui os aceitamos. A questão está relacionada à ausência de cultura suficiente para compreender o caminho trilhado na jurisprudência, no sentido de que aqueles poderiam ser úteis ao seu propósito, por extensão da qualificação do cônjuge. 4 - A certidão de óbito do marido, falecido em 03/07/2003, e a certidão de nascimento dos filhos, respectivamente de 13/11/1982 e 16/11/1984, constituem início de prova material da atividade alegada, pois contam com a qualificação do cônjuge como lavrador. 5 - Rejeitada a matéria preliminar. Julgado improcedente o pedido com fulcro no inciso IX do art. 485 do CPC (erro de fato). Pedido com base no art. 485, VII, do Código de Processo Civil e o formulado na ação originária julgados procedentes. Tutela antecipada concedida. (AR 00383846120104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 de 23/07/2012) (Grifo nosso)

Diante do exposto, não se vê necessidade, em se tratando de coisa julgada, de alargar demasiadamente os limites impostos pela processualística civil.

3. TEORIA GERAL DA PROVA E A LIDE PREVIDENCIÁRIA

Até aqui, tratou-se da necessidade de condução do processo de modo diferenciado, adequado à lide previdenciária. Nesse sentido, a temática da prova também guarda peculiaridades, seja no modo como o juiz atuará ao julgar uma ação de concessão de aposentadoria por idade, por exemplo, seja no tratamento que se dá ao instituto do ônus probatório.

A primeira dificuldade a ser superada diz respeito ao conceito de prova. A seguir, apresenta-se o conceito mais adequado na perspectiva das ações previdenciárias, construído com base na doutrina de direito processual civil.

3.1 O conceito de prova¹⁴

A chamada prova judiciária é definida usualmente como a demonstração dos fatos alegados no processo, conforme conceito trazido por João Batista Lopes (2002, p. 26). Nos dizeres de Dinamarco (2009, p. 42), prova é “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.

A doutrina em geral não se afasta de tais entendimentos, sendo desnecessária a mera compilação de definições, valendo mencionar, contudo, pela relevância do autor, a anotação de Carnelutti (2002, p. 72-73):

Quase toda a doutrina [...] após haver advertido que prova é a demonstração da verdade de um fato, sente quase sempre a necessidade de precisar seu significado jurídico completando assim a definição: demonstração da verdade de um fato realizada por meios legais (por meios legítimos) ou, mais brevemente, demonstração da verdade legal de um fato.”

¹⁴ Tratando-se de vocábulo polissêmico ou plurissignificativo, optou-se por buscar, para aquilo que interessa no presente trabalho, a definição mais usual de “prova judiciária” na doutrina, oferecendo em seguida um contraponto, igualmente apoiado em estudo doutrinário.

No que se refere à essência do pensamento doutrinário, isto é, a busca ou a demonstração da verdade de um fato alegado, é preciso tecer primeiramente considerações acerca da distinção entre a verdade formal e a verdade substancial (ou material), comumente relacionadas, respectivamente, aos processos civil e penal. Diz-se que “enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 71).

Tal entendimento, contudo, vem sendo superado¹⁵. Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Luiz Arenhart (2011, p. 32), a distinção mencionada é despropositada, pois “se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana”, o que é particularmente verdade nas ações previdenciárias.

Os autores lembram também que a busca pela verdade dita real é utópica, já que sua essência é intangível. O que se deve almejar, portanto, é um resultado que se assemelhe à verdade. Nos dizeres de João Batista Lopes (2002, p. 25), o juiz terá de buscar a verdade “ou, ao menos, a verossimilhança, como quer parte da doutrina”.

Tal entendimento – o da impossibilidade de se buscar a verdade real -, é bastante razoável, de modo que é forçoso reconhecer que a prova não tem por objetivo a reconstrução da verdade ou dos fatos tais como ocorreram, conforme se extrai da doutrina inicialmente mencionada, e sim tem o papel de “peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdicção” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 51).

Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 261), também evitando o uso do termo “verdade”, define prova como “tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento”.

¹⁵ Os próprios autores mencionados já dão indícios, em seu livro, de que poderão abandonar tal entendimento.

O conceito de prova aqui adotado, portanto, partindo daquele proposto por Marinoni e Arenhart (2011, p. 57), é o de “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Segundo os autores, trata-se de meio retórico porque se destina a estabelecer um diálogo entre as partes e o Estado-juiz, objetivando o convencimento das teses ou proposições apresentadas. Esse meio, por sua vez, deve se enquadrar nas prescrições legais estabelecidas previamente.

Tal definição se harmoniza com as peculiaridades da lide previdenciária, notadamente por conferir ao juiz um papel de destaque na condução do processo e por enfatizar a importância do discurso argumentativo das partes envolvidas na lide.

A prova nas ações judiciais de concessão de benefícios previdenciários consiste, portanto, em todo meio argumentativo apresentado pelas partes, dentro dos parâmetros legais.

Em termos práticos, em uma tentativa de justificar a adesão ao conceito exposto, tome-se como exemplo as inúmeras demandas que versam sobre aposentadoria por idade a trabalhadores rurais. A jurisprudência tem aceitado, para fins de comprovação da atividade campesina, a certidão de casamento que atesta a condição de rurícola do cônjuge, acrescida de prova testemunhal que permita o reconhecimento do labor no período exigido pela lei¹⁶. Em casos como esses, a prova não se prestaria realmente a buscar a verdade, a ocorrência de um fato - se assim fosse, teríamos a “verdade” relacionada ao cônjuge, não ao pleiteante do benefício (a esposa, no mais das vezes) -, e sim se caracteriza como elemento de argumentação. Um exemplo mais ilustrativo no campo previdenciário pode ser extraído do julgado abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TEMPO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA. PERÍCIA POR SIMILARIDADE. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. 1. Em face da ausência de prova material, necessária a realização da prova técnica para fins de comprovação do tempo de serviço especial do autor, a qual foi expressamente requerida no pedido inicial. 2.

¹⁶ Nesse sentido, diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça (AGREsp 1078989, AGREsp 886001, AGREsp 496394). A Súmula 6 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, por sua vez, dispõe: A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola.

Em não existindo mais o local de trabalho, a solução para a busca da melhor resposta às condições de trabalho, com a presença ou não de agentes nocivos, é a constatação das condições em estabelecimento e local de atividades semelhantes àquele em que laborou originariamente o segurado, onde certamente estarão presentes eventuais agentes nocivos, o que permitirá o juízo seguro à respeito das efetivas condições de trabalho. 3. A fim de evitar a supressão de instância, com violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, deve ser anulada a sentença, remetendo-se os autos à origem para reabertura da instrução, com produção da prova omissa e prolação de nova sentença. (APELREEX 200172050001916, MARIA ISABEL PEZZI KLEIN, TRF4 - QUINTA TURMA, D.E. de 08/09/2009.)

Nesse caso, em que ausente prova material que comprove a atividade especial do requerente, parece sensato defender que a chamada perícia por similaridade não resultará em veracidade dos fatos alegados, no sentido de se descobrir a verdade dos fatos relacionados ao segurado, já que sequer se trata de empresa na qual laborou, mas servirá como elemento argumentativo da tese por ele apresentada.

É certo que o Código de Processo Civil em vigor, ao tratar das provas, faz referência à descoberta da “verdade”, tanto no artigo que inicia o capítulo¹⁷, como também ao tratar do dever de colaboração (ou cooperação)¹⁸. O disposto no ordenamento não se choca com o que está sendo exposto até o momento, pois parece claro que a verdade que se almeja descobrir é a verdade factível e não a substancial (que é intangível).

Nesse ponto, se é a verdade factível a que se busca, a verdade que decidirá o processo, a indagação que se faz é: não estaríamos, então, diante da verdade formal? A resposta é negativa, pois não se trata de extrair a verdade das provas carreadas aos autos, realizando-se um mero juízo de subsunção, mas sim de se alcançar a verdade *construída no processo*. Nesse aspecto, valem as explicações de Marinoni e Arenhart (2011, p. 83):

[...] tem-se uma construção da verdade, legitimada pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflitualidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário.

¹⁷ 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.

¹⁸ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

A diferença parece sutil, mas não é: ao focar apenas o juízo de subsunção, como se costuma aprender nos bancos escolares, a atuação do juiz torna-se bastante limitada. Ao defender uma postura ativa do juiz na condução do processo, a ideia é que se encontre a verdade que seja o mais factível possível.

O foco do presente estudo é a busca judicial por um benefício previdenciário, já tendo sido exposto o viés diferenciado da lide, na qual se presume a hipossuficiência de uma das partes, a qual litiga contra um ente defendido por um corpo de procuradores federais. Nesse aspecto, a preocupação com um procedimento colaborativo se faz presente, até como forma de equilibrar as forças, de modo que o conceito de prova ora adotado mostra-se adequado ao contexto das ações de concessão de benefícios previdenciários.

É preciso acreditar que o diálogo travado no ambiente jurisdicional poderá chegar a um nível eminentemente *colaborativo*, distanciando-se da visão de processo como batalha judicial. Não se ignora que o quadro atual está bem distante da ideia aqui proposta. Mas as recentes tentativas de ampliação dos mecanismos de conciliação revelam que há um crescente esgotamento do modelo de “batalha”.

Conforme todo o exposto, é importante notar que o conceito de prova aqui adotado se aplica à prova judiciária, isto é, destinada a formar o convencimento do juiz em um processo judicial. Foge ao âmbito do trabalho o estudo de provas utilizadas nos processos administrativos, nos quais são observados princípios específicos de Direito Administrativo.

3.2 Ônus da prova

O ônus da prova é o encargo atribuído às partes de demonstrar a ocorrência de fatos de seu interesse, não se confundindo com dever ou obrigação (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 75).

Pode-se fazer uma distinção entre ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo, ressaltando que não se trata de tema pacífico na doutrina: Na primeira acepção, temos uma *regra de conduta* dirigida às partes, isto é, uma indicação de quais são os fatos que a cada uma incumbe provar. No segundo sentido, tem-se uma regra dirigida ao juiz, uma *regra de julgamento*, portanto, a qual indica qual das

partes deverá suportar os riscos advindos da atividade probatória deficiente (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 75).

É preciso esclarecer que a produção da prova não é um comportamento necessário para um julgamento favorável, pois “o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 164). Tanto é assim que o juiz pode julgar favoravelmente ao autor com base em provas produzidas pela parte contrária ou mesmo determinadas de ofício. Percebe-se que a prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo, isto é, a prova, quando trazida aos autos, se torna pública e não pertence exclusivamente à parte, podendo, até mesmo, favorecer seu adversário. Trata-se do chamado princípio de comunhão da prova ou aquisição processual.

A distribuição do ônus da prova vem regida pelo artigo 333 do CPC, cuja lógica é a de que cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, provar a existência de fatos que impeçam o reconhecimento do direito alegado pelo demandante. Independe de prova a alegação sobre fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela contraparte, admitidos como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, conforme disposto no artigo 334 do diploma processual.

Percebe-se que o artigo 333 traz uma regra de distribuição estática, rígida, a qual pode inviabilizar o reconhecimento da pretensão deduzida em juízo.

O que tem sido proposto por parte da doutrina, e não raro acompanhado pela jurisprudência, é a adoção da chamada teoria da carga (ou distribuição) dinâmica da prova, também conhecida por outros nomes, tais como teoria da prova compartilhada e cargas probatórias dinâmicas.

O que propõe a referida teoria, de maneira bem sucinta, é que o ônus da prova recaia sobre aquele que está em melhores condições de provar. E isso independentemente da sua posição processual ou da natureza dos fatos a serem provados.

Nos dizeres de Paulo Rogerio Zaneti (2011, p. 115):

[...] sob a denominação de ‘cargas probatórias dinâmicas’ conhece-se uma nova doutrina que trata de flexibilizar a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova e da conseqüente dificuldade que a aplicação das mesmas apresenta em certos casos, principalmente naqueles em que se verifica uma prova excessivamente onerosa, ou até mesmo ‘diabólica’, para uma das partes, na medida em que o outro litigante se encontra em melhores condições fáticas, técnicas, profissionais e econômicas para levar a prova ao juiz.

A “nova doutrina” vem ganhando corpo, embora se deva dizer que não se trata exatamente de uma ideia inovadora. Em obra considerada clássica, Bentham (1971, p. 149) já afirmava que o ônus da prova, em um sistema de justiça franco e simples, deve ser imposto, em cada caso concreto, à parte que puder satisfazê-lo com menos inconvenientes, isto é, com menos dilações, incômodos e despesas.

A prevalência da distribuição dinâmica do ônus da prova já é defendida, por exemplo, na seara trabalhista. Para Guilherme Guimarães Feliciano (2005), a regra do artigo 333 do CPC é inapta a regular a dinâmica de um processo célere e garantista como é o processo do trabalho, já que esse envolve, no mais das vezes, pretensões relacionadas à violação de direitos fundamentais.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às ações previdenciárias que, como visto, envolvem a concessão de um benefício de caráter alimentar, necessário à sobrevivência do indivíduo, não se podendo conceber que seja imputado ao demandante o ônus de provar suas alegações em circunstâncias totalmente desfavoráveis.

É preciso, porém, observar certos limites à distribuição dinâmica. Como lembra Danilo Knijnik (2007, p. 180-181), “faz-se necessário, para evitar o arbítrio, que o litigante dinamicamente onerado se encontre em posição privilegiada”, isto é, em melhores condições de produzir prova, o que ocorreria, no exemplo do autor, no “caso típico do médico, em poder de quem se encontra o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia”. Há um exemplo comum nas lides previdenciárias que se aplica à tese do autor. Trata-se do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), cujos dados são gerenciados pelo INSS, não tendo, o cidadão comum, acesso direto a tal sistema. Nesse caso, parece razoável que a incumbência de trazer a prova seja do réu ou, ao menos, *também* do réu. Dessa forma, não haveria a chamada *probatio diabólica*, que é aquela prova cuja produção é extremamente difícil, senão impossível.

De todo o exposto, resta claro que a distribuição dinâmica do ônus da prova, a depender de cada caso concreto, exige uma postura ativa na condução do processo, daí ser pertinente a discussão acerca dos poderes instrutórios do juiz.

3.3 Poderes instrutórios do juiz

Ao proceder à leitura do artigo 125 do CPC¹⁹, vê-se com nitidez que a postura do juiz perante o processo é o de um condutor, uma figura que exerce ativamente os poderes atribuídos por lei.

A imagem de um juiz que apenas *reage* às situações que lhe são apresentadas, sem efetivamente *reger* o processo, é ultrapassada. Nesse sentido, assevera Moacyr Amaral Santos (2010, p. 350):

“[...] ao juiz inerte, ao juiz passivo, de outros tempos, se substituiu o juiz ativo, como o compreende a doutrina contemporânea e o instituiu o direito brasileiro, um juiz que é sujeito predominante da relação processual e como tal desenvolve atividades amplas e variadas, não só quanto ao ordenamento do processo como, ainda, no que toca à instrução do processo e a formação do material de convicção necessário para as suas decisões..”

O que se defende é a participação ativa do juiz no tocante à instrução probatória, sem que isso acarrete em nenhum tipo de parcialidade. Ao contrário, trata-se de promover a igualdade *real* entre as partes. Como diz José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 102-103), “considerando que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades que a mais forte de trazer para os autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro”.

¹⁹ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Ao decidir quem se encontra em melhores condições de produzir a prova, é certo que se está diante do resultado de interpretação do magistrado no caso concreto, não se tratando de mero dever burocrático. Assim como em muitas outras situações, é preciso que o juiz escolha alternativas possíveis, após ponderar os valores em jogo. Como se vê, inexistente um comportamento integralmente neutro do juiz, mas isso não se configura um problema a ser sanado. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2003, p. 287-289), “a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho”. A pretensão de neutralidade, diz, é apenas isso: mera pretensão, pois “o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça”.

De se notar, ainda, que o reforço dos poderes do juiz se insere em um contexto mais amplo de crescente publicização e instrumentalização do processo e de estudos sobre a sua efetividade (LOPES, 2002, p, 73), resultando, até mesmo, na possibilidade de se determinar *de ofício* a produção de provas (conforme, por exemplo, artigos 130 e 418 do CPC²⁰).

Um exemplo corriqueiro nas ações previdenciárias é a determinação de juntada do CNIS pelo próprio julgador, com o intuito de esclarecer as alegações das partes, principalmente no que diz respeito aos vínculos empregatícios e à renda, informações importantes em diversas situações, como na concessão de benefícios por incapacidade, em que se exige a qualidade de segurado, ou nos casos de auxílio-reclusão, em que se observa a o último salário de contribuição do segurado recluso.

3.4 Sistemas de valoração das provas

²⁰ 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.

Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;

II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

O artigo 131 do CPC²¹ revela a adoção do chamado sistema de persuasão racional ou sistema do livre convencimento motivado do juiz, o qual se localiza, digamos assim, entre dois extremos usualmente tratados pela doutrina processualista: o sistema da prova legal ou tarifada, em que o valor probante é prefixado pelo ordenamento jurídico, e o sistema de livre convicção, pelo qual se dá plena liberdade ao juiz para análise e valoração da prova (BUENO, 2010, p. 266).

No sistema de persuasão racional, o juiz forma a sua convicção com base no conjunto das provas produzidas, sendo obrigatório expor os motivos que justifiquem a sua valoração.

É certo, porém, que existe no ordenamento jurídico pátrio uma série de disposições legais que tratam da apreciação da prova. Na esfera previdenciária, por exemplo, a prova testemunhal não pode ser admitida isoladamente para fins de comprovação do tempo de serviço, conforme disposto no artigo 55, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91.

Afirmar que se trata de resquícios do sistema da prova legal não diz muito. É preciso compreender como tais disposições se harmonizam com o sistema de persuasão racional. Para Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 277-278), o que ocorre com certa frequência é que a própria lei, material ou processual, exige “uma específica prova como inerente à própria substância do ato” (como a exigência de certidão específica para se comprovar o casamento, por exemplo), tratando-se da chamada *prova legal*. Contudo, diz o autor, a abrangência do princípio do livre convencimento motivado tem aptidão para levar o juiz a relativizar o *rigor* que decorre das tais provas legais, valendo-se, para tanto, de outros meios de prova que se façam necessários, a depender do caso concreto.

As provas legais teriam, portanto, a função de “traçar parâmetros de valoração probatória para a atividade jurisdicional” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 41), isto é, a lei trata de indicar as situações nas quais o magistrado não pode ignorar a prova lá exigida, o que de modo algum impede a livre apreciação do material probatório.

²¹Art. 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.

3.5 O direito fundamental à prova

A doutrina tem, com algumas variações, entendido que o direito à prova “é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa” (BEDAQUE, 2001, p. 20). Poder-se-ia dizer também que se trata de um direito fundamental derivado do princípio geral de acesso à justiça.

Conforme explica Dinamarco (2009, p. 46), “nem a Constituição nem a lei afirmam esse direito de modo amplo e direto, nem existe a garantia constitucional específica e formal do direito à prova, mas ele é com absoluta segurança inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral”.

Deve-se assegurar, portanto, o emprego dos meios de prova que se entender necessários à construção da tese argumentativa. Não se trata, contudo, de direito fundamental absoluto, como não o são os demais. Em regra, a parte pode se valer de qualquer meio de prova legal e moralmente legítimo (CPC, artigo 332), havendo limitações que “se justificam por alguma razão relevante, eventualmente algum outro valor também protegido em sede constitucional” (BEDAQUE, 2001, p. 22).

Como se vê, o que se garante é o direito à prova legítima, isto é, aquele exercido segundo os procedimentos regidos pela lei e que não contrariem valores e princípios constitucionais.

Em se tratando de direito previdenciário, a doutrina não discrepa desse entendimento, isto é, embora se reconheça a necessidade de interpretação mais flexível nos casos envolvendo uma parte presumidamente hipossuficiente, os limites estabelecidos pela Constituição em matéria probatória são considerados bastante adequados à busca pelo processo justo. Como anota Serau Junior (2010, p. 177), “a previsão constitucional sobre o alcance do direito à prova não encontra muitas limitações na própria Carta Política (das quais se destaca a proibição de prova ilícita e a proteção da intimidade)”.

O artigo 5º, LVI, da Constituição, ao considerar “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, buscou retirar a eficácia dessas provas no processo, pois sua manutenção violaria direitos fundamentais, como o direito à inviolabilidade da intimidade, o que seria intolerável.

4. O REGIME PROBATÓRIO PREVIDENCIÁRIO

Ao optar pelo estudo do processo previdenciário em sua vertente judicial, torna-se desnecessário discorrer sobre as provas que, no âmbito administrativo, não encontram maiores resistências a sua aceitação.

Assim, procura-se agrupar, adiante, algumas questões que trazem dúvidas e discussões na doutrina e jurisprudência pátrias.

Cabe frisar que a abordagem do tema para cada benefício previdenciário não se mostra a mais adequada, pois as controvérsias residem na aceitação ou não de determinadas provas, em geral afetas a dois ou mais benefícios. É o que ocorre, por exemplo, com a prova da incapacidade laboral, requisito tanto para a concessão de auxílio-doença como de aposentadoria por invalidez.

Assim, a proposta é traçar algumas linhas sobre a prova testemunhal, a prova da dependência econômica, a prova da incapacidade laboral e a prova emprestada, especificamente aquela produzida em juízo nas ações trabalhistas.

4.1 A prova testemunhal

As regras acerca da prova testemunhal no processo civil estão dispostas nos artigos 400 a 419 do CPC. Por meio desse tipo de prova obtém-se, através de alguém estranho à relação processual, uma versão de como se deram certos fatos importantes para a definição do litígio (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 713).

O nosso ordenamento adotou a tese da ampla admissibilidade da prova testemunhal, conforme se denota do artigo 400 do CPC, porém traz algumas restrições quanto a sua aceitação de modo *exclusivo*, exigindo a sua conjugação com outras provas, notadamente as documentais, conforme disposto, por exemplo, no artigo 402, I, do diploma processual²².

²² 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;

No direito previdenciário, é bastante controvertida a vedação trazida pelo artigo 55, §3º, da Lei nº 8.213/91, cuja redação é a seguinte:

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.

Para demonstrar a controvérsia que mencionamos, é pertinente explicitar dois entendimentos doutrinários distintos, ambos abordando o tema com argumentos consideráveis. Para Savaris (2008, p. 268-269), a disposição supracitada é legítima e justificável. Nas palavras do autor:

A exigência de prova material para a comprovação do tempo de serviço é fundada na necessidade de que o reconhecimento desse fato de singular relevância para o direito previdenciário se opere com segurança. Essa é a razão pela qual a prova exclusivamente testemunhal, nos termos do art. 55, §3º, da Lei 8.213/91, em regra, não é admitida para a demonstração do tempo de serviço.

A necessidade de prova material é justificada pela circunstância de que a entidade previdenciária não reúne condições de apresentar testemunhas para infirmar a alegação dos segurados e, em relação a fatos distantes no tempo, tampouco conta com estrutura hábil para realizar diligências que contribuam para avaliação acerca da procedência dos fatos alegados pelos particulares.

A prova testemunhal guarda sensível nota de precariedade. Enquanto a prova material é vestígio de um fato, ação humana ou acontecimento – e, sendo vestígio, constitui um dado ou indício contemporâneo ao fato que se pretende demonstrar – a prova testemunhal é inapta para fixação de datas remotas. Se a prova material emana da ocorrência própria do fato que se pretende demonstrar (ou de um fato próximo a ele por meio de um juízo de presunção) e não tem vínculo com qualquer ação judicial, a prova testemunhal, de outra sorte, é produzida apenas porque há um litígio, isto é, porque existe interesse de uma das partes em influenciar futura decisão judicial.

[...]

De todo modo, na delicada tarefa de apreciação de prova em direito previdenciário, a exigência de prova material para a comprovação de tempo de atividade abrangida pelo RGPS é, em princípio, justificada na segurança da resposta (administrativa ou judicial) à pretensão de gozo de benefício previdenciário.

Por outro lado, para Serau Junior (2010, p. 209), sob uma ótica processual, poder-se-ia argumentar que a prova unicamente testemunhal é “*perfeitamente possível, sob pena de se negar vigência ao art. 332 do CPC*”. E, acrescenta o autor, também é possível ir além dessa visão apenas procedimental. Em suas palavras:

De fato, a aceitação e mesmo a sobrevalorização da prova exclusivamente testemunhal não devem ocorrer apenas em razão de ordem meramente processual ou procedimental, ligada ao princípio do *devido processo legal procedimental*. O aspecto *substantivo* do postulado, que lhe é superior, decerto, impõe a proteção *efetiva* ao próprio núcleo dos direitos fundamentais.

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).

A questão é bastante delicada. Retomando o conceito de prova adotado no presente trabalho, em que foi dito tratar-se de meio retórico destinado a estabelecer um diálogo entre as partes e o Estado-juiz, objetivando o convencimento das teses apresentadas, é de se notar que inexistente justificativa plausível que impeça a utilização, no processo judicial, de prova exclusivamente testemunhal. Isso porque o convencimento se dará em virtude da maior ou menor *força argumentativa*, valendo-se, as partes, dos meios disponíveis, ainda que esses meios sejam apenas depoimentos reduzidos a termo. Ocorre que o conceito adotado também prevê o enquadramento dos meios às prescrições legais estabelecidas e o fato é que a Lei de Benefícios traz uma disposição legal que prevê a conjugação das provas material e testemunhal.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal vem rejeitando as alegações de inconstitucionalidade em relação à exigência de prova material²³. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, editou a Súmula 149 que, não obstante referir-se apenas à comprovação da atividade rurícola, vem sendo utilizada também nos casos de trabalhador urbano²⁴.

Desse modo, a prova testemunhal, por si só, não é hábil à comprovação do tempo de serviço, nos termos do disposto na lei. Há que se considerar também que os julgadores mostram-se cada vez mais cientes das dificuldades de apresentação e obtenção de provas na seara previdenciária, evitando o rigor excessivo quanto ao

²³ Nesse sentido: RE 226.588-9/SP, DJ de 29.09.2000 e Adin 2.555-4/DF, DJ de 02.05.2003.

²⁴ Súmula 149 – A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

chamado início de prova material. Nesse sentido, o pronunciamento do STJ nos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INTEGRAL, MEDIANTE A JUNÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL COM O URBANO. ATIVIDADE RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para efeito de reconhecimento do tempo de serviço urbano ou rural, não há exigência legal de que o documento apresentado abranja todo o período que se quer ver comprovado, devendo o início de prova material ser contemporâneo aos fatos alegados e referir-se, pelo menos, a uma fração daquele período, desde que prova testemunhal amplie-lhe a eficácia probatória. 2. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 200701838506, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJ de 22/03/2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL. COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO EM QUE CONSTA A CONDIÇÃO DE RURÍCOLA DO MARIDO DA AUTORA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO. 1. Não se deve aplicar rigor excessivo na comprovação da atividade rurícola, para fins de aposentadoria, sob pena de tornar-se infactível, em face das peculiaridades que envolvem o Trabalhador do campo. 2. O rol de documentos hábeis a comprovar o labor rural, elencados pelo art. 106, parágr. único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo. Precedentes. 3. Não sendo a prova material suficiente para comprovar o labor rural (no caso, a Certidão de Casamento em que consta a condição de trabalhador rural do marido da autora), excepcionalmente deve ser dada maior ênfase à prova testemunhal colhida na instância ordinária, quando esta é capaz de demonstrar, de forma idônea, harmônica e precisa o labor rural exercido pelo autor. 4. Agravo Regimental do INSS desprovido. (AGRESP 200701838506, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, DJ de 29/11/2010)

Conforme se depreende das ementas transcritas, e assim tem sido a compreensão dos tribunais, a prova material pode se referir a apenas uma parte do tempo que se pretende comprovar, tendo, a prova testemunhal, a tarefa de ampliar o período. O início de prova, por sua vez, tem sentido amplo, sendo considerado meramente exemplificativo o rol de documentos constantes da Lei de Benefícios.

4.2 A prova da dependência econômica

Dependentes são as pessoas, indicadas em lei, que serão, para certos benefícios e serviços, abrangidos pela Previdência Social, em virtude de algum vínculo que possuem com o segurado do RGPS (CORREIA, 2007, p. 236). Não há que se confundir esse conceito com a de dependência para efeito de imposto de renda, embora se deva reconhecer, como o faz Sergio Pinto Martins (2010, p. 295), que o ideal seria que houvesse um único critério legal para definir os dependentes, evitando-se interpretações equívocas.

A doutrina, com fulcro no artigo 16 da Lei nº 8.213/91, divide os dependentes em três classes:

a) Classe I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

b) Classe II: os pais;

c) Classe III: o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

É importante observar que existe uma ordem de preferência a ser observada, isto é, a existência de dependente da classe I exclui do direito às prestações os componentes das classes seguintes. Miguel Horvath Júnior (2010, p. 178) usa a expressão “ordem de vocação previdenciária”, alertando que ela é aplicada apenas uma vez, na data da ocorrência do evento gerador da prestação previdenciária. Assim, para fins de obtenção de pensão por morte, por exemplo, é preciso verificar quais são os dependentes *à época do óbito*.

Após a perda da condição de dependente do último integrante de determinada classe (o filho completa 21 anos, por exemplo), o benefício será extinto, ainda que existam dependentes nas outras classes (HORVATH JUNIOR, 2010, p. 178).

Os benefícios previdenciários a que fazem jus os dependentes são a pensão por morte e o auxílio-reclusão. Há, ainda, prestações no âmbito da assistência social e da reabilitação profissional.

4.2.1 A dependência econômica presumida

A dependência econômica dos dependentes da primeira classe (também chamada de classe *preferencial*) é presumida, enquanto que, nos demais casos (classes II e III), deve ser comprovada, conforme disposto no parágrafo 4º do artigo 16 da Lei de Benefícios²⁵.

A questão que se coloca é se a presunção mencionada é absoluta ou relativa. Para Savaris (2008, p. 234), a presunção não pode ser considerada absoluta, “sendo possível a prova da inexistência da dependência econômica ao tempo do óbito do segurado, a fim de evitar situações de sobreproteção social”, sendo ônus do INSS fazer a referida prova.

Para Sergio Pinto Martins (2010, p. 297), a presunção é absoluta, não admitindo prova em contrário. Para Aragonés Vianna (2010, p. 424), “a presunção de dependência econômica, na primeira classe, é absoluta, dispensando qualquer meio de prova. Não importa se o cônjuge, por exemplo, dependia ou não economicamente do segurado. Essa presunção não admite prova em contrário”.

Como visto, a discussão acerca da presunção – se relativa ou absoluta – apresenta divergência doutrinária a respeito. Assim, é de se esperar que haja certa controvérsia também na jurisprudência. Com efeito, a questão não é pacífica, como se pode observar dos julgados abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. CÔNJUGE. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DEPENDÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. - Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*. - A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do trabalhador rural, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 11/71. - Sendo a autora cônjuge do de cujus, a dependência é presumida (art. 3º, § 2º, da LC nº 11/71, c.c. arts. 11, I, e 13, da Lei nº 3.807/60). Contudo, tal presunção é relativa, admitindo prova dos fatos desconstitutos, extintivos ou modificativos da pretensão autoral. - Decorridos mais de 33 anos entre a data do óbito e a do ajuizamento da ação, conclui-se que a autora provia sua subsistência por outros meios. Inexistência de conjunto probatório harmônico e consistente, abalada a presunção legal de dependência. - A mera afirmação de que a autora passou a suportar dificuldades financeiras após o falecimento do marido não é suficiente, por si só, para caracterizar a dependência econômica. - A pensão previdenciária não pode ser vista como mera complementação de renda, devida a qualquer hipossuficiente, mas como substituto da remuneração do segurado falecido aos seus

²⁵ Art. 16 § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

dependentes, os quais devem ser acudidos socialmente na ausência de provedor. - Ausente a prova da dependência econômica, inviável a concessão da pensão por morte. - Apelação a que se nega provimento. (AC 200603990088868, JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, TRF3 - OITAVA TURMA, DJF3 de 11/05/2010) (Grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO. PROVA TESTEMUNHAL E INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INSCRIÇÃO DE DEPENDENTE. DESNECESSIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA EX VI LEGIS. 1. Duplicatas de compras, notas que comprovam a compra de material de construção e declaração do SUS consistem em razoável prova material, cujo valor probante, aliado aos depoimentos das testemunhas colhidos em juízo, é hábil a comprovar a união estável para efeitos previdenciários. 2. A dependência econômica da companheira com relação ao de cujus, nos termos do art. 16, §4º, da Lei nº 8.213/91, é objeto de presunção absoluta. Precedentes da Corte e do STJ: AC 2000.01.00.07880-8, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves; REsp 203.722/PE, Rel. Min. Edson Vidigal. 3. A prévia inscrição de companheira junto à Previdência Social não constitui condição indispensável ao reconhecimento do direito à pensão por morte, uma vez que a norma inscrita no art. 19 do Decreto nº 2.172/97 se dirige à Administração e tem mero caráter informativo e indicativo, como forma de facilitar a concessão do benefício. Ademais, a exigência se torna irrelevante quando a convivência more uxorio está suficientemente demonstrada e a dependência econômica é presumida. 4. Apelação e remessa oficial, tida como interposta, a que se nega provimento. (AC 200401990193443, JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES FILHO (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 14/04/2009) (Grifo nosso)

Revelada a controvérsia, o que se defende no presente estudo é que o legislador previdenciário, ao observar situações da vida, concluiu que as pessoas integrantes da classe I dependem economicamente do segurado e optou por conferir a elas uma presunção *absoluta* nesse aspecto.

Corroborando esse entendimento, vale a observação de Wladimir Novaes Martinez (2009, p. 179):

O fato prende-se à história da pensão por morte, quando foi concebida e qual era o cenário social da época (1923). Sendo o segurado masculino principal provedor da família, na sua falta era imprescindível conceber-se um meio de subsistência que pudesse cooperar com a manutenção dessa família (naquela ocasião, principalmente a viúva e filhos). [...] Mais tarde, consciente de que alguns segurados não deixavam vivo esse grupo mínimo da família (viúva e filhos), o legislador entendeu por estender a proteção a outros parentes (pais e irmãos). Deles, exigiu a demonstração de que dependiam do segurado.

É de se notar, contudo, que o fato de se tratar de presunção absoluta, como se acredita, não impede a crítica à *manutenção* desse cenário. Embora pudesse se justificar em tempos pretéritos, melhor seria se o legislador modificasse a regra e

exigisse a comprovação de dependência econômica de todos os componentes das classes mencionadas, excetuando-se os filhos menores, evitando inúmeras distorções observadas na prática, como a concessão de pensão por morte ao cônjuge que trabalha e possui considerável renda, em detrimento de outros dependentes, como pais idosos, por exemplo, que sobrevivem com um salário mínimo.

Partindo do pressuposto adotado, de que é absoluta a presunção de dependência econômica dos relacionados na classe I, a única prova de que necessitam é o do vínculo com o segurado. Ou seja, a prova a ser produzida não é a da dependência, mas sim, por exemplo, da união estável, que deve estar em conformidade com o artigo 226, §3º, da Constituição Federal²⁶, com a regulamentação dada pela Lei nº 9.278/1996. Isto é, reconhece-se como entidade familiar a convivência duradoura pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família. Não há uma lista taxativa a ser observada, valendo a prova obtida por todos os meios lícitos, mas o mais comum é a juntada, nos autos, de certidões de registro civil (casamento e nascimento de filhos), comprovantes de residência comum, extratos de conta bancária conjunta, escrituras de imóveis e declaração de imposto de renda, em que conste o interessado como dependente. Cabível, e também frequente, a utilização de depoimentos de testemunhas. Não há vedação legal ao uso de prova exclusivamente testemunhal. É comum que a convivência íntima seja de conhecimento das pessoas ao redor do casal, não sendo razoável impor barreiras à utilização desse tipo de prova. A esse respeito, os seguintes julgados:

Pensão por morte. União estável (declaração). Prova exclusivamente testemunhal (possibilidade). Arts. 131 e 332 do Cód. de Pr. Civil (aplicação). 1. No nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332 do Cód. de Pr. Civil). 2. Se a lei não impõe a necessidade de prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que vedar à companheira a possibilidade de provar sua condição mediante testemunhas, exclusivamente. 3. Ao magistrado não é dado fazer distinção nas situações em que a lei não faz. 4. Recurso especial do qual se conheceu, porém ao qual se negou improvidamento. (RESP 200501580257, NILSON NAVES, STJ - SEXTA TURMA, DJ de 09/10/2006)

²⁶ Art. 226 § 3º CF - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Há entendimento jurisprudencial do Colendo STJ no sentido da não-exigência de início de prova material para comprovação da união estável, para fins de obtenção do benefício de pensão por morte, uma vez que não cabe ao julgador restringir quando a legislação assim não o fez. 2. Ante a constatação de união estável entre a autora e o de cujus, torna-se desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do Art. 16 da Lei 8.213/91. Precedentes desta Corte. 3. Recurso desprovido. (AC 00242068320104039999, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 de 01/08/2012)

Doutrina e jurisprudência parecem pacificadas no sentido de que o companheiro (a) homossexual, desde que comprovada a condição da união homoafetiva, está incluído (a) na classe I dos dependentes. Para Wladimir Novaes Martinez (2009, p. 184), “a união entre pessoas do mesmo sexo, masculina ou feminina, é evidenciada com os mesmos meios de prova da união estável, ainda que um pouco mais difícil em face do preconceito que a cerca”. A discussão, imagina-se, resta superada, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em maio de 2011, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ocasião em que foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo.

Antes mesmo da decisão do STF, a jurisprudência já entendia possível a concessão de benefício para companheiro (a) homossexual, conforme se pode observar:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, I, "C", DA LEI Nº 8.112/90. 1. Havendo nos autos provas de sobejo na direção da constatação de que o requerente viveu em união homoafetiva com o ex-servidor falecido, durante mais de cinqüenta anos, coabitando no mesmo endereço, mantendo cartão de crédito e conta bancária conjunta, além de se apresentarem no convívio social, assumindo publicamente a condição de companheiros, é de ser reconhecida a união estável, nos termos da Lei Maior e da 8.112/90. 2. A lei, só por si, não extingue comportamentos racistas, preconceituosos, discriminatórios ou mesmo criminosos, necessitando, antes, de uma conscientização da coletividade sobre serem odiosas as condutas assim tipificadas. Não é a falta de uma lei específica sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas que vai alijar o requerente do seu direito de obter, comprovados os requisitos objetivos da união (convivência, relação amorosa, dependência econômica e publicidade da condição), o reconhecimento da existência de uma união estável propiciadora da pensão por morte requestada. 3. Ademais, o art. 3º, IV, da

Constituição Federal, consagra o princípio da não-discriminação, impondo ao legislador ordinário a necessidade de obediência a tal preceito por ocasião de sua atuação legiferante, e possibilitando ao Poder Judiciário a observação dessa diretriz na interpretação e aplicação do direito posto no caso concreto. 5. Assim, a correta inteligência do art. 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90 há de ser compreendida no sentido de que também nas relações homoafetivas existe o direito à pensão por morte instituída pelo servidor falecido. 6. Apelação desprovida. 7. Remessa oficial parcialmente provida. (AC 200238000438312, DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, TRF1 - SEGUNDA TURMA, DJ de 19/01/2007)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE PARCEIRO HOMOSSEXUAL. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO UNIÃO ESTÁVEL PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. CASAL SEPARADO. PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. É possível a comprovação de união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de percepção do benefício de pensão por morte, consoante precedentes dessa Corte. 2. Se o cônjuge divorciado ou separado recebia pensão alimentícia do de cujus, a dependência econômica é presumida, fulcro no artigo 76, § 2º, da Lei n.º 8.213/91. 3. Preenchidos os requisitos contidos no art. 74 da Lei 8.213/91, é de ser concedido o benefício de pensão por morte, a partir da DER. 4. Atualização monetária, a partir de maio de 1996, deve-se dar pelo IGP-DI, de acordo com o art. 10 da Lei nº 9.711/98, combinado com o art. 20, §§5º e 6º, da Lei nº 8.880/94. 5. Os juros de mora devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, com base no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87. 6. Os honorários devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, observando-se a Súmula 76 desta Corte. (APELREEX 200271000536594, LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, TRF4 - TURMA SUPLEMENTAR, D.E. de 31/08/2009.)

Como já mencionado, o que deve ser provada é a união estável. Contudo, com relação à união homoafetiva, não se pode ignorar que as dificuldades para tal comprovação são, muito provavelmente, maiores do que as encontradas pelos casais de sexos diferentes. Em trabalho doutrinário específico sobre o tema, Wladimir Novaes Martinez (2008, p. 25) é preciso ao afirmar que “o INSS terá pela frente um grande desafio em face de existirem uniões homossexuais sem coabitação: os parceiros não têm coragem de viverem juntos, como sucedem com uniões heterossexuais”. De qualquer modo, novamente ressaltamos não haver um rol taxativo de provas, sendo que o mencionado autor traz diversos exemplos, que vão desde declarações de parentes, registros de viagens em conjunto e fotografias até conta bancária em comum ou “declaração oficial do estabelecimento penitenciário ou carcerário de que ocorreram visitas íntimas” (MARTINEZ, 2008, p. 123).

Embora se reconheça que a Administração Pública vem avançando nesse aspecto, foge ao âmbito do trabalho abordar os procedimentos administrativos do INSS com relação à aceitação do companheiro homossexual.

Ainda no campo dos dependentes, destaque-se o entendimento segundo o qual “o rol de dependentes enunciado pela Lei nº 8.213/1991 é taxativo, não comportando acréscimo por analogia, em consonância com os princípios da legalidade, da seletividade e da distributividade” (MIRANDA, 2007, p. 150).

Talvez fosse interessante ampliar esse conceito legal de dependente, considerando que as relações familiares no nosso país envolvem laços de afeto e solidariedade entre pessoas que, em inúmeros casos, não se ajustam no estreito e taxativo rol do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. É o que Marcus Orione Gonçalves Correia (2007, p. 238) denomina “conceito constitucional de dependente”, o qual parte da verificação, em cada caso concreto, da existência (ou não) da relação de dependência do beneficiário com o segurado. Assim, seria possível a concessão de benefício a um parente ou agregado que, *de fato*, dependia do auxílio do segurado, situação bastante comum em diversos lares e ignorada pela legislação previdenciária.

3.2.2 A dependência econômica não presumida

Como já mencionado, para as pessoas listadas nas classes II e III é preciso comprovar a dependência econômica em relação ao segurado. Em se tratando de benefícios previdenciários, a dependência de que trata a lei deve ser entendida dentro do contexto previdenciário, isto é, fará jus ao benefício aquele que provar que o segurado (falecido ou recluso) contribuía de maneira *substancial* para a sua sobrevivência.

Exemplificando, se os genitores do segurado possuem renda própria e contavam apenas com auxílio eventual ou até mesmo *simbólico* do filho segurado, entende-se que não há dependência econômica para fins previdenciários.

O auxílio substancial do segurado não implica na exigência de que a dependência seja *exclusiva*. Isso significa que o dependente, para ser considerado

como tal, não precisa provar que vivia exclusivamente às expensas do segurado. O julgado a seguir é bastante exemplificativo, pois trata da concessão de auxílio-reclusão à genitora do segurado. Embora beneficiária de pensão por morte, entendeu, o relator, que havia dependência econômica da mãe em relação ao filho:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. GENITORA. ART. 13 DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - A autora logrou comprovar nos autos a dependência econômica entre ela e o filho recluso, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91. II - A dependência econômica, na ausência de outras provas, pode ser comprovada através de prova exclusivamente testemunhal, consoante entendimento da Corte Superior III - A qualidade de segurado do detento também restou demonstrada, uma vez que ele possuía vínculo empregatício à época de seu recolhimento à prisão, consoante se verifica dos documentos de fls. 34 e 30. IV - A percepção do benefício de pensão por morte não impede o recebimento de auxílio-reclusão, a teor do art. 124 da Lei n. 8.213/91, devendo ser levado em conta ainda que a referida pensão é de valor mínimo. V - O artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20/98 não diz respeito à renda auferida pelo recluso, mas sim aos ganhos obtidos pelos dependentes, ou seja, há que se aferir se a remuneração dos dependentes supera o aludido limite. VI - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações vencidas até a data da prolação da sentença, a teor da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, mantendo-se o percentual de 15%, nos termos do art. 20, §4º, do CPC. VII - Apelação do réu desprovida. (AC 00164762620074039999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJF3 de 27/08/2008)

No caso acima ilustrado, também se destaca a prova exclusivamente testemunhal, aceita para comprovação de dependência econômica. Como a lei não traz vedação nesse sentido, a prova testemunhal se enquadra no conceito que vem sendo pregado neste trabalho, ganhando destaque a força argumentativa da prova.

4.3 A prova da incapacidade para o trabalho

A prova da incapacidade laboral é indispensável à concessão dos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente.

Para averiguar a existência ou não de incapacidade, é necessário que se proceda à perícia especializada (artigo 461 do CPC)²⁷, realizada por um profissional denominado perito. Esse é pessoa de confiança do juízo e deve deter conhecimento técnico que permita esclarecer algum ponto essencial (no caso, a incapacidade laboral) para a solução do litígio. O Código não impede expressamente a possibilidade de perícia feita por outro profissional da área de saúde, porém a doutrina não hesita em dizer que a nomeação recai sobre um *médico* perito. A ressalva é importante porque, na prática, há nomeações de expertos de outras áreas, como fisioterapeutas, por exemplo. Nesses casos, em que pese o conhecimento que tais profissionais detêm, inclusive atuando na reabilitação do paciente, o entendimento jurisprudencial é pela impossibilidade de sua nomeação:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL FEITO POR FISIOTERAPEUTA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA ANULADA. AGRAVO LEGAL PROVIDO. - Muito embora seja profissional com nível universitário e de confiança do juízo, o fisioterapeuta não é apto a diagnosticar enfermidades. - A perícia judicial em casos que tais é ato a ser praticado exclusivamente por profissionais habilitados ao exercício da medicina. -Agravo legal provido. (AC 00376940820104039999, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 de 30/03/2012)

A jurisprudência não é oscilante nesta questão. Isto é, os Tribunais têm anulado decisões de primeira instância nas quais se nomeou profissional não graduado em Medicina. Logo, parece que o mais razoável é que os juízes de primeiro grau encaminhem os demandantes para *médico* de confiança do juízo, evitando transtorno e demora desnecessários para o deslinde da causa.

Outra questão pertinente diz respeito à especialidade médica. É comum que a parte autora peça a nomeação de médico especialista para fins da perícia a ser realizada. Em tese, parece razoável defender que um ortopedista tenha mais condições de avaliar doenças ortopédicas, mas o fato é que o Decreto 20.931/1932, ainda em vigor, que regula o exercício da atividade médica, bem como o Código de Ética Médica não trazem qualquer ressalva para a realização de perícias, no tocante

²⁷ Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

§ 1o Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.

§ 2o Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.

§ 3o Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.

à especialidade. Desse modo, os órgãos julgadores entendem que o pedido de nomeação em comento não procede:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE MÉDICO ESPECIALISTA PARA SER PERITO DO JUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. 1. O laudo pericial judicial atestou que o segurado não possui qualquer incapacidade laborativa, o que impede a concessão dos pleiteados benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. 2. Não há nulidade da perícia judicial quando esta é de lavra de profissional médico perito do juízo que respondeu aos quesitos apresentados, mesmo não sendo especialista na área da doença alegada. O título de especialista em determinada área da medicina não é requisito para ser perito médico do juízo, inexistindo cerceamento de defesa na hipótese. 3. Recurso não provido.

(AC 200538040010755, JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 14/07/2009)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. AUXÍLIO DOENÇA. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA POR MÉDICO ESPECIALISTA EM ORTOPIEDIA. 1. Não se vislumbra, no caso em questão, necessidade de realização de nova perícia por médico especialista em ortopedia, já que, para o diagnóstico de doenças ou realização de perícias médicas não é exigível, em regra, a especialização do profissional da medicina. 2. Conforme já se posicionou a jurisprudência desta E. Corte, não se reconhece cerceamento de defesa pelo indeferimento de provas que o julgador considera irrelevantes para a formação de sua convicção racional sobre os fatos litigiosos, e muito menos quando a diligência é nitidamente impertinente, mesmo que a parte não a requeira com intuito procrastinatório. 3. Agravo Legal a que se nega provimento.

(AI 00111149120124030000, JUIZ CONVOCADO HELIO NOGUEIRA, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 de 31/08/2012)

Há certa divergência quanto aos limites de atuação do perito. Para Serau Junior (2010, p. 217), o profissional pode, “além de descrever tecnicamente os fatos examinados, emitir juízo de valor sobre estes”. Para João Batista Lopes (2002, p. 134), contudo, a atuação do perito encontra-se “limitada aos aspectos eminentemente técnicos de sua especialidade (engenharia, contabilidade, medicina, agricultura etc.) não podendo intrometer-se em questões jurídicas que competem ao juiz (*iura novit curia*)”.

Concorda-se com o segundo autor, pelo simples fato de que uma perícia técnica isenta e bem realizada enseja menos oportunidades de impugnações das partes envolvidas. Há laudos periciais em que o perito *recomenda* a concessão desse ou daquele benefício, o que, além de impertinente, é desnecessário, já que o juiz tem conhecimento acerca do benefício pleiteado e decidirá, com base no

conjunto probatório, se a sua concessão é cabível ou não. Em se tratando de perícia, cabe ao juiz, atuando de maneira efetiva na condução do processo, indeferir os quesitos impertinentes e formular os que entender necessários, conforme dispõe o artigo 426 do CPC.

O juiz não se encontra adstrito ao laudo pericial, nos termos do artigo 436 do CPC²⁸. O laudo, assim como todas as demais provas, será apreciado livremente pelo magistrado, como dispõe o artigo 131 do CPC, de modo que é possível que a perícia indique a ausência de incapacidade laboral, mas o conjunto probatório aponte o contrário, julgando-se procedente o pedido, com a devida motivação.

4.4 A sentença trabalhista

Trata-se de tema dos mais polêmicos, a ponto de alguns doutrinadores evitarem a oferta de uma solução definitiva.

Segundo Miguel Horvath Júnior (2010, p. 232), “a decisão proferida no Juízo Trabalhista que reconheça a relação empregatícia, ainda que não seja pautada em início de prova material, passa a servir como início de prova material que, se conjugada com a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais, possibilita o reconhecimento do estado de filiação à previdência social”.

Analisando o posicionamento *supra*, é certo que a comprovação do recolhimento das contribuições não parece oferecer maiores dificuldades, ante o disposto no artigo 114, VIII, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 45/2004, segundo o qual compete à Justiça do Trabalho proceder à “execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, alínea a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

As principais controvérsias, portanto, residem na aceitação da decisão homologatória de acordo e no *peso*, digamos assim, que a sentença trabalhista teria (se prova plena ou início de prova).

Horvath considera aceitável a sentença que apenas homologa acordo. Já Hermes Arrais Alencar (2009, p. 431) entende que “ainda que satisfeitas as

²⁸ Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

contribuições devidas pelo reclamado-empregador (por ocasião da execução da sentença), caso a sentença esteja lastreada exclusivamente em prova testemunhal, ou seja, fruto de avença entabulada entre as partes (sentença homologatória), não produzirá efeitos perante o INSS”.

A jurisprudência, por sua vez, tem majoritariamente²⁹ entendido pela não aceitação da decisão homologatória, argumentando a existência do óbice contido no artigo 55, §3º, da Lei nº 8.213/91, que exige início de prova material para comprovação de tempo de serviço, não bastando a prova meramente testemunhal. A esse respeito, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. SENTENÇA TRABALHISTA DESACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO A EVIDENCIAR A ATIVIDADE LABORATIVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO CARACTERIZADA. MATÉRIA PACÍFICA. 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, mostrando-se hábil para a determinação do tempo de serviço previsto no artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide. 2. *In casu*, a decisão da Justiça do Trabalho não serve como prova apta a autorizar o reconhecimento do alegado tempo de serviço, pois inexistentes quaisquer documentos a evidenciar o exercício da atividade laborativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRESP 200800969977, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, DJE de 06/10/2008.)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. SENTENÇA TRABALHISTA. ANOTAÇÃO NA CTPS. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL. INADMISSIBILIDADE DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. APELAÇÃO DA AUTORA DESPROVIDA. 1. Quanto ao reconhecimento de atividade urbana, estabelece a legislação (art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91) que a comprovação do tempo de serviço 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. 2. Do conjunto probatório dos autos não se verifica a existência de início de prova material apto a corroborar as alegações da parte autora, até porque a simples alegação de vínculo empregatício registrado na CTPS, decorrente de sentença trabalhista, sem o reforço de outros elementos de convicção, não se presta como prova plena para reconhecimento de tempo de serviço urbano ou rural. 3. Inadmissibilidade da comprovação de tempo de serviço urbano e rural através de prova exclusivamente testemunhal. Precedentes da Corte. 4. Recurso de apelação da parte autora desprovido. (AC 200538090005314, JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, TRF1 - 3ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 de :06/04/2011)

²⁹ No âmbito dos Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça, com entendimento diferente nos Juizados Especiais Federais, conforme será demonstrado.

Inexiste motivo para desconsiderar a sentença homologatória, como defendem alguns. Ela deve ser tratada como prova material, não havendo contrariedade ao disposto no artigo 55. Não é razoável supor que o acordo se dê na base do compadrio, ou seja, não se deveria considerar *a priori* – e, em realidade, parece ser essa a visão que se extrai dos julgados - que tenha havido fraude entre o trabalhador e o tomador do serviço.

Deve-se esclarecer que existe um entendimento diferenciado no âmbito dos Juizados Especiais Federais, conforme se depreende da Súmula 31 da Turma Nacional de Uniformização:

A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários.

Embora fale em aceitação da sentença trabalhista, tese com a qual se concorda, é preciso notar outro ponto controvertido: a sentença trabalhista consiste em *início de prova material*, como diz a Súmula 31 acima, ou em prova plena?

Para Savaris (2008, p. 300-301), é “correta a jurisprudência previdenciária quando vislumbra na anotação em CTPS decorrente de decisão trabalhista transitada em julgado um início de prova material, algo indeterminado assim”, pois “não se franqueia o sistema aos caronistas da Previdência Social” e permite ao segurado demonstrar o tempo de serviço mediante anotação tardia em CTPS e prova testemunhal.

Entretanto, para Serau Junior (2010, p. 235-236), é possível a utilização da sentença trabalhista “não apenas como início de prova material, mas como prova plena, dado que emanada de autoridade judicial com as mesmas prerrogativas que quaisquer outros juízos, as quais, ademais, apresentam força plena em relação aos aspectos contributivos (permitindo a cobrança das contribuições previdenciárias em atraso)”.

A competência atribuída à Justiça do Trabalho para o lançamento dos créditos previdenciários é um argumento de peso para rebater o menosprezo com relação à sentença trabalhista. De acordo com Guilherme Guimarães Feliciano (2008), à luz da teoria dos poderes implícitos, não haveria sentido em se atribuir tal competência e, ao mesmo tempo, negar ao interessado o direito ao reconhecimento previdenciário do tempo correspondente de serviço e contribuição. Seria uma interpretação desconforme à Constituição, pois “nega autoridade e eficácia social

plena à sentença declaratória do vínculo empregatício, prolatada por autoridade judicial constitucionalmente competente, tanto para aquela declaração sentencial como para a própria execução judicial das contribuições sociais derivadas”. Contudo, diz, é mister trazer à lide o INSS, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa, inclusive para efeitos do artigo 472 do CPC, segundo o qual “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

É de se notar que parte da doutrina e jurisprudência previdenciárias não se reporta à necessidade de citação da autarquia, ao argumento de que “não se trata de impor à entidade previdenciária a autoridade da coisa julgada, mas a eficácia natural pelo reconhecimento de um fato” (SAVARIS, 2008, p. 296). Para Serau Junior (2010, p. 235), o INSS não é “um indivíduo prejudicado, mas um componente da Administração Pública que, sob outros ângulos, vale-se dessa mesma modalidade de sentença trabalhista, dando-lhe pleno vigor e eficácia, particularmente no que concerne à execução de contribuições previdenciárias dela decorrentes”. Pela desnecessidade de a autarquia integrar a lide, há os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO §1º DO ART. 557 DO C.P.C. SENTENÇA TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO INSS. 1. É assente o entendimento esposado pelo E. STJ no sentido de que a sentença trabalhista constitui início de prova material de atividade remunerada para a concessão do benefício previdenciário. 2. Válido para efeitos previdenciários contrato de trabalho, conforme anotado em CTPS, em cumprimento à decisão da Justiça de Trabalho, por força de ação trabalhista de natureza condenatória, com pagamento das respectivas verbas. 3. O vínculo empregatício reconhecido em ação trabalhista de natureza condenatória, deve ser computado para todos os efeitos previdenciários, ainda que a autarquia previdenciária não tenha integrado a lide, independentemente da prova das respectivas contribuições, ônus do empregador. Precedentes do STJ. 4. Fixada a data da citação do INSS nesta ação para o termo inicial da revisão do benefício em decorrência do referido reconhecimento, pois foi somente a partir deste momento que o réu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito do autor. 5. Agravo (CPC, art. 557, §1º) interposto pelo INSS parcialmente provido.

(AC 00444310320054039999, JUIZ CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 de 23/03/2012)

AGRAVO INTERNO - PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO POR SENTENÇA TRABALHISTA - ANOTAÇÃO NA CTPS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL - PROVA MATERIAL. 1) O Superior Tribunal de Justiça já consolidou sua jurisprudência no sentido de que a sentença homologatória proferida nos autos de Reclamação Trabalhista é válida como prova material para fins de reconhecimento do tempo de

serviço urbano, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e os períodos alegados, sem que isso caracterize ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. 2) A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as anotações feitas na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS determinadas por sentença proferida em processo trabalhista, empregadas como início de prova material, tem força probante, sendo hábil para a comprovação do tempo de serviço enunciado no artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, desde que fundada em provas que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a lide trabalhista. 3) O tempo de serviço reconhecido por decisão do Juízo Trabalhista deve ser admitido para fins previdenciários, não como efeito da coisa julgada, que se limita as partes na reclamatória, mas pela presunção de veracidade da anotação, ausente prova contrária. 4) Recurso a que se nega provimento. (AC 199750010020385, Desembargadora Federal ANDREA CUNHA EMERALDO, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU de 07/01/2010)

Ao que tudo indica, a jurisprudência seguirá resistindo à aceitação das decisões trabalhistas como prova plena.

Aparentemente, parece defensável a citação do INSS, em litisconsórcio necessário e unitário com o empregador, nos termos do artigo 47 do CPC³⁰, pois desse modo é garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do Instituto, que poderá produzir provas de eventual fraude, por exemplo, não podendo ignorar os efeitos vinculantes da sentença trabalhista.

Contudo, sabe-se que são milhares as demandas trabalhistas que versam sobre reconhecimento de vínculo empregatício e talvez não seja factível exigir a citação do INSS, ainda mais considerando todas as prerrogativas que o ente possui, como os prazos diferenciados.

Retomando o que foi dito no presente estudo, entende-se que é necessária uma mudança de perspectiva no tocante à questão probatória. Se a concepção de prova estiver relacionada à capacidade argumentativa de cada parte, discussões acerca de “início de prova material” ou “prova plena” se tornariam inócuas. As provas, como a sentença trabalhista, por exemplo, seriam aceitas, mas não necessariamente levariam à procedência do pedido. O magistrado poderia entender que tal prova não é suficiente para comprovar o tempo de serviço alegado, mas isso não significa que, de plano, excluiria a possibilidade de ser suficiente, isto é, não

³⁰ Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

partiria do pressuposto de que toda sentença trabalhista é apenas início de prova. Assim como, em sentido contrário, outro magistrado não decretaria que a sentença trabalhista é prova plena, já que a possibilidade de fraude poderia ser manifesta, em determinado caso concreto.

Em suma, a discussão acerca dos conceitos adequados à lide previdenciária, sem afronta ao disposto no ordenamento jurídico, é de vital importância, cabendo a cada operador do direito previdenciário contribuir para esse debate.

Espera-se que possa haver maior número de interessados nos assuntos previdenciários, o que levará naturalmente ao surgimento de novas teorias e soluções para esse ramo do Direito.

CONCLUSÃO

As ações judiciais de concessão de benefícios seguem os procedimentos listados no Código de Processo Civil. Não há necessidade de se propor um ordenamento processual próprio no ramo previdenciário. O que se procurou demonstrar é que, em se tratando de ações que buscam um benefício necessário à sobrevivência, o intérprete e aplicador da lei deve ter a habilidade de conduzir o rito processual da maneira que for mais adequada a essa lide peculiar.

O demandante se encontra em posição de fragilidade, sendo considerado hipossuficiente. O réu, por sua vez, é representado por um corpo de procuradores federais.

Doutrina e jurisprudência vêm trabalhando com algumas soluções adaptadas às demandas previdenciárias. Nesse sentido, ao longo do trabalho foram debatidos: o ingresso judicial sem necessidade de prévio requerimento administrativo, a antecipação dos efeitos da tutela, o princípio *in dubio pro misero* e a competência delegada com o objetivo de facilitar o acesso do jurisdicionado.

Decerto que o papel do juiz é de extrema importância em todas as lides, mas as ações previdenciárias de concessão de benefícios requerem especial sensibilidade do julgador na condução do processo.

Há situações envolvendo a concessão de benefícios que demandam uma mudança no âmbito legislativo, já que a aplicação de critérios mais flexíveis para o julgamento das ações previdenciárias esbarra em vedações legais. É o caso do rol de dependentes trazido pela Lei de Benefícios.

A análise da prova apresentada em uma ação previdenciária requer a superação de conceitos já ultrapassados na doutrina de Processo Civil. É o que ocorre, por exemplo, com o entendimento de que há um tipo de prova no processo civil e outro no processo penal.

Como forma de equilibrar as forças, as demandas previdenciárias requerem uma especial preocupação com o procedimento colaborativo, evitando transformar a ação de concessão de benefício com caráter alimentar em uma desnecessária batalha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4. ed. São Paulo: Leud, 2009.
- ALVES, Hélio Gustavo e TEIXEIRA, Ederson Ricardo. **Competência das ações previdenciárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa America, 1971.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça** (tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 12. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.
- CHAMON, Omar. **Introdução ao direito previdenciário**. Barueri/SP: Manole, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COIMBRA, J.R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 2000.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes**. Brasília, 2011.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 3. Salvador: Jus Podium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIAS, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Eficácia mandamental da sentença declaratória de vínculo empregatício em face do Instituto Nacional do Seguro Social**. In: XIV CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO, 2008, Palmas-SC. Teses - XIV CONAMAT.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tese: distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística**. Disponível em: <<http://www. www.conamat.com.br/teses/10032008205523.doc>> Acesso em: 03-12-2012.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. **A petição inicial no direito previdenciário**. In: Tavares, Marcelo Leonardo e (Coord.). *Direito Processual Previdenciário – temas atuais*. Niterói: Impetus, 2009, pp. 29-96.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito – uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica – teses monografias e artigos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. **Prova**. São Paulo: RT, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A prova no direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **A união homoafetiva no direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunística, assistência social e saúde**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba, Juruá, 2008.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário**. São Paulo: Método, 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **O devido processo legal previdenciário e as presunções de prova**. In: Tavares, Marcelo Leonardo e (Coord.). *Direito Processual Previdenciário – temas atuais*. Niterói: Impetus, 2009, pp. 1-28.

VIANNA, Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.