

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Alan da Costa Macedo

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS
DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO**

Juiz de Fora
2014

Alan da Costa Macedo

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS
DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado à Universidade Federal de Juiz de Fora-MG como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Karol Araújo Durço.

Juiz de Fora

2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Ms. Karol Araújo Durço
UFJF- Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Dra. Isabela Gusman
UFJF- Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Dra. Flávia Lovisi
UFJF- Universidade Federal de Juiz de Fora

Aprovado em : _____ / _____ / _____

DEDICATÓRIA

Primeiramente, dedico esta obra a Deus, que é quem me prepara para superar todas as barreiras impostas no decorrer do trabalho. Dedico também aos meus pais, que sempre me apoiaram durante a trajetória dos meus estudos, e, em separado, tamanha a importância que teve e tem na minha vida, à minha amada esposa, Fernanda, que é a minha grande amiga, companheira e incentivadora do meu progresso profissional e acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por sempre estar ao meu lado nos momentos difíceis e por não me deixar desistir diante dos obstáculos que se apresentaram; à minha família, especialmente aos meus pais, que sempre se mostraram orgulhosos com o meu progresso profissional; à minha amada esposa que é a minha melhor amiga, incentivadora e motivadora; aos amigos e colegas, pela força e pela vibração em relação a esta jornada e, finalmente, a todos que, com boa intenção, colaboraram para a realização e finalização deste trabalho.

“Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União, os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com o mais dos miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrúpulo; porque são mais mal defendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a míngua nos recursos.”

(RUI BARBOSA, *Oração dos moços*, 1921)

RESUMO

O objetivo deste estudo lógico-dedutivo é discorrer sobre a produção da prova no âmbito do processo previdenciário, destacando a necessidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova naquela modalidade de processo para que se alcance a isonomia processual. Nas causas em que o cidadão litiga contra o Estado é notória a existência de desequilíbrio de forças, a uma pela magnitude estrutural e organizacional dos órgãos de Estado, a duas pelas prerrogativas processuais que possuem. Pensando-se no modelo constitucional de um processo justo, em uma perspectiva garantista, analisa-se, no presente trabalho, o tratamento dispensado às partes nesses litígios, com enfoque na distribuição dinâmica do ônus da prova. Sabe-se que boa parte dos juristas brasileiros defendem uma maior atuação do poder judiciário na investigação dos fatos em função da efetividade (ativismo judicial), enquanto outros preferem prezar pela autonomia processual das partes com a preservação da imparcialidade e com a observância das demais garantias decorrentes do processo garantista. Discute-se a possibilidade do juiz inverter o ônus da prova, considerando a dificuldade da parte hipossuficiente comprovar os fatos que fundamentam o seu direito. Nesse viés, analisa-se a relação entre ônus da prova e seu “estândar”, examinando-se a conveniência de se reduzir as exigências legais de prova em nome da tutela judicial efetiva. No mesmo sentido, verifica-se no procedimento probatório, os limites do Juiz, bem como a liberdade das partes sob a égide do princípio da cooperação. O presente trabalho, enfim, desloca a atenção para a necessidade de se aplicar um direito processual com a finalidade de assegurar um controle judicial efetivo dos atos da Administração Pública garantindo o direito fundamental, a justa e equitativa distribuição do ônus da prova em processos de natureza previdenciária.

Palavras-chave: Ônus da prova; Processo Previdenciário; efetividade.

ABSTRACT

The objective of this study is the logical-deductive study is to discuss the production of evidence under the pension process , highlighting the need to apply the theory of dynamic allocation of the burden of proof in that type of process for achieving procedural equality. In cases in which a citizen litigates against the state is known to exist imbalance of forces , by a structural and organizational magnitude of the organs of state , the two that have the procedural prerogatives . Thinking on the constitutional model of a fair trial in a garantista perspective, is analyzed in this work, the treatment of the parties to those disputes , focusing on the dynamic distribution of the burden of proof . It is known that most of the Brazilian jurists argue for a greater role of the judiciary in the investigation of the facts in light of effectiveness (judicial activism) , while others prefer to cherish the procedural autonomy of the parties to the preservation of impartiality and compliance with other guarantees arising from garantista process. Discusses the possibility of the judge reversed the onus of proof , considering the difficulty of proving a disadvantage of the facts underlying his right . This bias, we analyze the relationship between burden of proof and its " offered non standard " , examining the desirability of reducing the legal standard of proof in the name of effective judicial protection . Similarly, there is evidence in the procedure , the limits of the Judge, and the freedom of the parties under the auspices of the principle of cooperation. This paper , finally , shifts attention to the need to apply a procedural law in order to ensure an effective judicial acts Public Administration guaranteeing the fundamental right to fair and equitable distribution of the burden of proof in cases of nature pension .

Keywords : Burden of Proof ; Process Social Security ; effectiveness .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. O PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO	13
1.1 As peculiaridades processuais da atuação da Fazenda Pública em juízo	15
1.2 As particularidades do processo judicial previdenciário em face do INSS.....	17
2- A DISTINÇÃO ENTRE A VERDADE MATERIAL E A VERDADE FORMAL... 21	
2.1- A importância da disponibilidade ou da indisponibilidade do Direito na aplicação da melhor técnica processual	23
2.2- O problema da Presunção de veracidade dos atos da Administração Pública	25
2.3- A (in) eficácia da presunção de veracidade do ato administrativo no processo previdenciário	27
CAPÍTULO 3- A NATUREZA DAS NORMAS QUE TRATAM DO ÔNUS DA PROVA E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO	29
3.1- As regras processuais referentes ao processo judicial em face do poder público, no Brasil, e a obediência à garantia da isonomia processual.....	30
CAPÍTULO 4- OS FUNDAMENTOS PARA A CORRETA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

INTRODUÇÃO

No Brasil, a previdência social organiza-se como um subsistema do Sistema Nacional de Seguridade Social no qual convivem três regimes, quais sejam: o regime geral da previdência social; os regimes próprios de previdência social, relativo aos servidores públicos da União, Estados e Municípios e o regime de previdência complementar.

No que se refere às ações judiciais que tem por objeto os benefícios concedidos pelo regime geral ou pelos regimes próprios de previdência, o processo judicial ganha contornos bem distintos dos processos judiciais em geral, tendo em vista que os benefícios previdenciários tem natureza “alimentar”, sendo o bem jurídico protegido relativo à subsistência, com contingência social prevista em lei.

Não se confundem, entretanto, os benefícios alimentares oriundos das relações de família com aqueles concedidos pela previdência social, pois estes últimos decorrem de direitos sociais protegidos pelo Estado, quando se tem, no pólo passivo, a administração pública como seguradora e no pólo ativo o cidadão, sendo este o contratante do seguro.

As lides relativas a benefícios da previdência social mereceriam, em decorrência de suas peculiaridades e de sua natureza, possuir rito processual próprio e específico, considerando-se, inclusive, a presunção de hipossuficiência do autor da ação, que é o segurado da previdência social. Todavia, isso ainda não ocorre no Brasil, devendo-se recorrer às regras gerais do Código de Processo Civil e, em alguns poucos casos, às leis especiais dos Juizados Especiais Estaduais e Federais.

Em suma, no processo judicial previdenciário, tem-se o autor da ação, presumidamente, hipossuficiente e destituído de meios necessários à sua subsistência e reflexamente sem o aparelhamento estatal para produção de provas e de outro lado a Administração Pública, com seu grandioso aparato logístico (corpo de procuradores, tecnologia digital, acesso a dados em outros órgãos e de empregadores) e prerrogativas processuais diversas.

Com isso, necessária a aplicação hermenêutica voltada a efetivação do direito material, sob o instrumento processual conforme as regras e princípios constitucionais que são os grandes responsáveis pela efetividade na aplicação do direito material aos inúmeros casos concretos que se apresentam.

Atualmente, a Constituição de 1988 é rica em princípios processuais, cogitando, inclusive, um novo ramo da ciência jurídica denominado Direito Processual Constitucional.

A supremacia constitucional na hermenêutica é a grande tônica da constitucionalização do processo, tanto que a proposta atual da criação de um novo Código de Processo Civil é estruturada, na sua parte geral, essencialmente, nos princípios que devem nortear a atividade do juiz.

As garantias processuais constitucionais sob a forma de princípios e regras denotam os anseios populares revelando a interligação entre os institutos do processo e da democracia.

É de conhecimento geral que, na luta entre o forte e o fraco, a aplicação da justiça denota a verdadeira visão da liberdade, sendo o princípio da igualdade ou da isonomia o maior dogma a vincular o processo à Constituição.

Hodiernamente, a vertente a ser adotada, à luz da imparcialidade do Juiz, é a que rechaça o mito da neutralidade judicial. Um processo não pode ter seu resultado determinado pela inabilidade de uma das partes no manuseio de técnicas processuais ou na produção de determinada prova. Não é por outra razão que o Juiz pode determinar provas sequer suscitadas pelas partes desde que necessárias ao esclarecimento do caso. Nessa toada, apresenta-se a nova racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo na teoria do discurso, como uma contraposição ao paradigma legalista do Estado de Direito do Século XIX. Esse modelo normativo é expresso na máxima da “cooperação” e, segundo os ensinamentos do professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, importa na necessária visão cooperativa do processo que deve ser seguida pelos três participantes de seu esquema mínimo: autor, réu e juiz. (OLIVEIRA, 2004, p. 100)

Dessa visão geral é que se começa o estudo do ônus da prova no processo previdenciário.

A teoria clássica de LEO ROSENBERG com 1ª edição em 1990 foi a grande precursora para aplicação, na legislação de diversos países, de questões relacionadas ao ônus da prova, tendo o Brasil aderido a esta teoria, no Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 333. O tema, entretanto, evoluiu com velocidade impressionante, sendo marcado por um grande debate doutrinário e jurisprudencial. (GOUVEIA, 2003, p. 176)

Pretende-se, aqui, o exame do ônus da prova no âmbito do processo previdenciário sob a ótica de um processo justo, que considere a efetividade e a paridade das armas dentro de um viés garantista, baseado nos primados processuais constitucionais.

Verifica-se a existência de causas em desfavor do Estado que, baseado na presunção de legitimidade de seus atos e nas prerrogativas processuais que possui, provoca

grande desequilíbrio de forças na relação processual, gerando um obstáculo na tutela de direitos fundamentais.

Em muitos casos, impõe-se à parte mais fraca a prova dos fatos afirmados de modo a tornar praticamente impossível a conquista do direito pleiteado.

Há de se verificar, também, que, em se tratando de Direito Processual Público, a maioria da doutrina especializada é composta por autores com certo comprometimento ideológico com a instituição para que trabalham. Será muito difícil encontrar um Procurador da Fazenda, um Auditor Fiscal, ou um Advogado da União vislumbrando alguma irregularidade legal que atribua vantagens exageradas ao Poder Público que minimizem as chances de sucesso da parte contrária.

No mesmo sentido, verifica-se grande população de juízes que são oriundos daquelas carreiras e, de certa forma, são contaminados psicologicamente pelas doutrinas institucionais dos órgãos em que trabalharam por longos anos, acabam por aplicar interpretação protetiva aos órgãos de Estado.

Saber como deve ser feita a correta distribuição do ônus da prova é uma exigência constitucional que deve ser feita aos Juízes na construção do processo justo. Se as partes devem ter as mesmas chances de vitória no processo, é incumbência do Juiz suprir, sempre que necessário, as deficiências da parte mais fraca, em nome do verdadeiro conceito de isonomia processual.

Dessa forma, é um dos objetivos centrais do presente trabalho analisar e compreender a extensão do instituto do ônus da prova no contencioso judicial previdenciário à luz dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Dar-se-á ênfase ao Regime Geral de Previdência Social, tendo como órgão principal o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS.

A priori, investigar-se-á as peculiaridades do Processo judicial Previdenciário em que a parte autora litiga contra o INSS, elegendo-se alguns benefícios mais vulneráveis em relação à produção de provas.

Atrelado ao tema central investigar-se-á, também: a) a relevância e distinção entre a verdade material e a verdade formal; b) a natureza das normas que tratam do ônus da prova e sua importância no Direito Processual Público Previdenciário; c) se as regras processuais referentes ao processo judicial em face do poder público, no Brasil, obedecem realmente à garantia da isonomia processual; d) a dimensão do ônus da prova nas lides em que o Poder Público, no âmbito previdenciário, está em juízo, com atenção aos princípios constitucionais que regem o Direito Processual Civil; e) a influência exercida sobre o instituto do ônus da

prova pela teoria dos direitos fundamentais; f) de que forma a presunção de legalidade do ato administrativo que denegou o benefício previdenciário requerido refletirá na distribuição do ônus da prova; g) como se faz a correta distribuição do ônus da prova pelo Juiz no processo previdenciário.

Num momento conclusivo, verificar-se-á se é legítima a inversão do ônus da prova em desfavor da Administração Pública, em virtude da hipossuficiência do cidadão ou com base na verossimilhança das alegações baseada na íntima convicção do juiz através dos indícios de prova material trazidas aos autos.

A propósito, é o fato do instituto do ônus da prova ter sido tratado no Brasil apenas na perspectiva das relações jurídicas de direito privado (e de um modo acentuado nas relações de consumo) e não nas relações específicas de direito público, o que conferiu maior motivação ao presente trabalho.

Enfim, essa construção acadêmica não almeja apresentar verdades absolutas sobre um direito tão relativo e aplicável apenas em casos concretos em que se verifiquem os pressupostos essenciais, mas sim convidar os estudiosos e operadores do Direito ao debate sobre o tema.

1. O PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

Diante da problemática das relações sociais humanas, determina-se que o direito, como instrumento de pacificação social esteja atualizado quanto as constantes transformações que incidem sobre tais relações, demonstrando-se como meio eficaz para manutenção da ordem jurídica.

As relações sociais são diversas, sendo algumas delas reguladas pelo legislador e, por conseguinte, sob a atenção do Estado, passam a se caracterizar como relações jurídicas.

O processo em si, na visão de Francesco Carnelutti (Vol 1, p.72) é:

“um método para a formação ou para a atuação, em razão dos conflitos de interesse que visa regular, e também dos outros em que se resolve o próprio processo está regulado pelo direito, o processo é servido pelo direito, pelo que a relação entre direito e processo é dupla e recíproca. A parte do direito que regula o processo recebe o nome de direito processual.”

O Estado moderno tem a função pacificadora, ou seja, compte a ele através da jurisdição solucionar os conflitos. O objetivo da jurisdição é, portanto, atingir a pacificação social.

A Constituição de 1988 transformou o Brasil em Estado Democrático de Direito, fundado no valor do Bem-Estar Social, no sentido de se buscar o bem de todos, sem discriminação, importando na sonhada justiça social.

Nesse passo, a justiça social, encontra guarida na Seguridade Social, sendo esta conduzida pelos princípios da universalidade e da solidariedade, pela qual todos contribuem para que todos possam usufruir dos benefícios, que abrangerão a maior gama possível de riscos sociais.

A proteção Social, no Brasil, vem evoluindo historicamente. O Professor Wagner Balera (1989, p.33) diz com propriedade que

“a seguridade social representa uma evolução na concepção do Estado e da sociedade. A proteção quase total dos indivíduos, nas situações de necessidade, depende de iniciativas do Poder Público e do conjunto da sociedade. E nosso ordenamento constitucional confere à seguridade social três instrumentos para o cumprimento dos objetivos da ordem social: o sistema de saúde, o sistema de previdência e o sistema de assistência social”.

Diante da grande gama de objetivos previstos constitucionalmente, algumas questões se apresentaram: como garantir os direitos sociais, como assegurar a efetividade das

normas constitucionais e como definir a relação entre a Constituição e o processo para que seja realmente possível o verdadeiro acesso à justiça?

Nos dias atuais, a maioria dos processualistas fica em busca de uma solução que viabilize um processo capaz de remover os obstáculos do acesso à justiça e de se alcançar o verdadeiro modelo processual justo.

A constitucionalização do processo denota o sistema constitucional necessário à efetivação da justiça. O acesso à justiça não é apenas um mero ingresso de ação, mas a conquista de uma tutela judicial através do pronunciamento do juiz sobre o direito material invocado.

A doutrina processual que defende que toda interpretação deve ser feita conforme a Constituição ganha extrema relevância quando o direito material perseguido é um direito social, haja vista que se o processo não conduzir à efetivação dos direitos sociais, estar-se-á diante de uma “utopia constitucional”.

No que tange ao processo judicial previdenciário, as ações que se destinam a perquirir direitos nessa seara, tem por objetivo os benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social e aqueles relativos aos sistemas próprios de previdência (que regem as situações relativas a servidores públicos).

O professor José Antônio Savaris (2010, p.58) , nessa toada, diz que “ *o bem jurídico previdenciário carrega a ideia de que o indivíduo tem necessidade imediata de valores de subsistência, porque se encontra em tese cercado por contingência social prevista em lei*”.

Tratam-se os benefícios previdenciários de direitos de caráter alimentar. Muitos ainda confundem a ação de alimentos, que é aquela destinada a assegurar ao menor ou ao cônjuge dependente os alimentos (em sentido lato) para o seu sustento , com a ação que objetiva ter concedido o benefício assegurado pelo sistema de seguridade da previdência social.

A principal distinção entre esses tipos de ação é que naquelas em que se pleiteia o benefício previdenciário, a administração pública é quem está no pólo passivo e o direito material protegido é fruto de um direito social protegido pela carta magna, tendo a ação de alimentos o cônjuge ou o pai no pólo passivo e cujo direito é decorrente da relação de dependência econômica, verificada no direito de família.

Diante das tamanhas peculiaridades que se verificam em processos previdenciários, em que se tem de um lado uma parte hipossuficiente e de outro lado o “

Estado”, necessária a existência de um Direito Processual específico, ou seja, uma normatização voltada para o processo público. No entanto, isso não ocorre.

Como dito, de um lado tem-se a fazenda pública em juízo nas pessoas do INSS ou dos Entes da federação nos regimes próprios de previdência. Do outro lado temos o beneficiário em situação de hipossuficiência.

A questão da atuação da Fazenda Pública em Juízo é tema ainda bastante polêmico, havendo vozes que identificam em suas prerrogativas infração ao princípio constitucional da isonomia e outras afirmando os respectivos privilégios como totalmente compatíveis com o princípio da igualdade.

1.1 As peculiaridades processuais da atuação da Fazenda Pública em Juízo

A Fazenda Pública figura como defensora do interesse público e, nessa condição, detém prerrogativas legais para atuar em juízo de que não desfrutam os particulares.

Considerando o princípio da isonomia material entre os litigantes, a grande pergunta é: o interesse público seria suficiente para justificar o tratamento diferenciado atribuído pela lei ao órgão fazendário e aos particulares em geral?

Uma parte da doutrina pátria ainda defende os privilégios daquele ente fazendário pelo seu papel de vetor do interesse público; a outra corrente argumenta que esses privilégios são marcados por inconstitucionalidade.

Discutir as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, à luz do princípio da isonomia, não é uma tarefa corriqueira, principalmente quando já se incorporou todo um arcabouço lógico de admissão desses privilégios como algo necessário e, em alguns momentos, indispensável à atuação do Poder Público.

A preocupação do legislador em dotar o ente fazendário de prerrogativas já existe há muito tempo em nosso ordenamento, estando presente no Código de Processo Civil, na antiga Lei do Mandado de Segurança, na Lei de Execução fiscal, dentre outros diplomas legais.

A maior justificativa para implementação desses privilégios, em grande parte, se deu pelo fato da Administração Pública, em sua atuação judicial, defender, sobretudo, o interesse público.

Num cenário em que o Poder Estatal investe e usufrui cada dia mais do modelo de administração privada, para alguns parece paradoxal o poder público buscar a salvaguarda nas

prerrogativas processuais. Para outros, é tão conveniente quanto necessária a preeminência dos privilégios da fazenda estatal.

O mais comum é se ver o ente público na condição de demandado, ou seja, como réu. Tal constatação se dá pelo fato da notória intervenção do Estado na atividade econômica do país, assumindo, de forma isolada, a liderança das relações comerciais e empregatícias, seja como empreendedor, como patrão, como cessionário e até como abalista de transações comerciais privadas.

Nesse sentido, segundo a corrente que defende os privilégios do ente fazendário, todas as construções legislativas que cederam à Fazenda Pública aquelas prerrogativas estavam em total consonância com os primados constitucionais.

Realmente, não há como tratar da mesma forma advocacia privada e a pública. A preservação das atividades essenciais é o fundamento do princípio administrativo da continuidade do serviço público. Logo, para garantir a concretização desse princípio é necessário dotar a Fazenda Pública de certos privilégios.

Todavia, segundo Maria José Galleno de Souza Oliveira (2003, p.122), ao litigar contra a Administração Pública, o cidadão deduz em juízo, na maioria dos casos, uma situação jurídica passiva, em que ocupa a posição de contribuinte, segurado, usuário de serviços públicos, refugiado ou, em termos gerais, administrado.

Isso ocorre justamente porque o Estado é o sujeito mais poderoso do ponto de vista jurídico, político e econômico. Na qualidade de contribuinte, o cidadão é obrigado a pagar tributo; na qualidade de segurado do INSS, “orar” para que sua solicitação seja apreciada com rapidez (sem greves e filas nos órgãos) para que não veja a sua própria existência comprometida.

Quando o cidadão exerce o papel de trabalhador ou consumidor existem princípios de proteção de modo a equilibrar não só a relação jurídica de direito material, mas também a processual.

No entanto, apesar dos privilégios da Fazenda Pública serem aceitáveis em alguns casos, nenhuma benesse “protetiva” se verifica em muitas relações de subordinação travadas entre administrado e Poder Público. Será que o administrado deve se conformar com a sua sujeição às prerrogativas processuais do Poder Público, ou deve exigir uma correta aplicação processual protetiva no sentido de igualarem-se as armas?

Sustenta-se que a vulnerabilidade do cidadão-administrado deva ser valorada pelo magistrado na relação processual.

1.2 As particularidades do processo judicial previdenciário em face do INSS

Balera (1999, p.251), há algum tempo, já havia ensinado que o Estado de Bem-Estar social criou um grande arcabouço normativo em matéria previdenciária, tornando difícil ao juiz comum a abordagem de questões técnicas de complexidade e sugere a criação de uma jurisdição especializada para o tratamento de seus temas.

O domínio do Direito Previdenciário pressupõe o conhecimento de princípios técnicos e filosóficos de regras atuariais, estatísticas, sociológicas e demográficas que forjam suas bases, sobretudo, porque tratam na essência de ciência do “seguro”.

A confiança na segurança instituída pelo Estado Democrático de Direito, que garantiu a existência da seguridade social, dependerá de atos decisórios que revelem um conhecimento especializado, com suficiente embasamento técnico e abordagem clara dos fins sociais do sistema de proteção.

Em relação ao processo previdenciário, a atenção às garantias constitucionais deve ser redobrada, já que, nesse tipo de ação o bem jurídico tutelado tem natureza essencialmente alimentar.

A atribuição de um direito previdenciário pressupõe difícil tarefa de exame de fatos, sendo a maioria das ações em que se pretende a concessão de uma prestação previdenciária veiculadora de discussões como: a) a incapacidade, a preexistência da incapacidade, o agravamento da lesão incapacitante, o tempo do início da incapacidade, sua persistência, sua cessação; b) a morte; a existência da qualidade de segurado ao tempo do óbito, a manutenção da qualidade de segurado pela incapacidade, a condição de desemprego para extensão do período de graça, o emprego informal; c) a dependência econômica dos genitores, a composição familiar, a união estável, a invalidez do filho com mais de 21 anos; d) o tempo de contribuição, o efetivo exercício de uma atividade abrangida pela Previdência Social, o vínculo de emprego, a natureza da atividade, se especial ou comum, a condição de rural, a não contratação de mão de obra permanente, a extensão da área rural, o volume da comercialização da produção, espécie de produção, meio de transporte à área de cultivo.

A carga emocional e psicológica de um processo previdenciário é bastante evidente. Isso porque o caráter alimentar dos benefícios, a necessidade de um mínimo social, a manutenção da dignidade da pessoa humana, a proteção ao idoso e ao deficiente miseráveis, as condições especiais dos trabalhadores rurais, a existência de viúvas e menores

desprotegidos e de mulheres e homens sem acesso às mínimas condições de bem-estar social, são fatores e apreensões que rondam diuturnamente o processo previdenciário e reclamam efetividade dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

A ação previdenciária é, em si, a prova da hipossuficiência da parte autora (em quase todos os casos), e, mesmo com a presença de advogado constituído, a relevância do direito protegido deve provocar uma participação mais ativa do magistrado na instrução do feito, como condicionante para o pronunciamento de uma sentença justa.

Atualmente, com o projeto de reforma do processo civil, verifica-se que as mudanças estão voltadas a minimização dos efeitos do princípio dispositivo, retomando a preocupação pela descoberta da verdade e, por isso, destinadas a: superar a enumeração taxativa dos meios de prova; consagrar o princípio da atipicidade; aumentar os poderes instrutórios exercitáveis de ofício do juiz; e abandonar os efeitos probatórios vinculantes inerentes ao sistema da prova legal.

Tais mudanças tem maior sentido no âmbito do processo previdenciário, onde, como já dito, deve-se cobrar do juiz uma figura mais ativa e menos inerte. O Juiz deve estar atento a hipossuficiência na produção de provas e buscar sempre a verdade real.

A relevante temática da prova em direito previdenciário talvez apresente seu ponto crucial na comprovação do tempo de serviço ou contribuição comum e especial, na comprovação de tempo de serviço rural, na prova em processos que se discute a incapacidade e naqueles onde se apura as condições de miserabilidade.

Operar o direito previdenciário é aplicar-se a um vasto universo de conjecturas e construções que jamais se podem afirmar exauridas.

Na análise administrativa de um pedido de benefício previdenciário, as possibilidades de prova são reduzidas, pois raramente serão indicadas testemunhas destinadas a infirmar o fato alegado pelo segurado.

Daí que o órgão gestor da Previdência Social (de uma só vez parte e julgador) se limitará, em muitos casos, a verificar a consistência ou não da prova apresentada pelo segurado, muitas vezes desvalorando aquela única prova que o segurado conseguiu obter.

Sem real possibilidade de dedicar-se à busca de provas e ainda com a sujeição de seus servidores a procedimentos administrativos- disciplinares para o caso de concessão indevida, a Administração se coloca em situação de excesso de zelo, levanta exigências desproporcionais, ignora as demais fontes de direito, mesmo em suas orientações mais

seguras, e se apresenta com exacerbado rigor na análise dos fatos constitutivos de um direito previdenciário.

Exigindo a administração o impraticável ou o impossível, na luta pela realização de um direito indispensável à sobrevivência e, por isso, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, tem-se um cansativo caminho, lotado de ilegítimas trincheiras, para que se consiga, administrativamente, um benefício previdenciário, dentre as quais se destacam: a) recusas injustificadas de protocolo de requerimentos administrativos, em desrespeito ao direito constitucional de petição; b) indeferimentos sumários e desmotivados; c) falta de informações aos segurados e dependentes acerca de seus direitos e os meios de exercê-los; d) ausência de um desenvolvimento válido do processo administrativo, seja em razão da não realização de justificção administrativa quando a entidade reputa insuficiente a prova documental oferecida pelo segurado, pela falta de espaço para este comprovar seu direito por meio de todas as provas admitidas em direito.

Essas condições de fato que marcam o atual momento da relação entre a Administração e o cidadão, acabam desaguando no processo judicial previdenciário, em que a decisão oriunda do litígio sustentado por teses opostas é a causa e o efeito da falta de coesão social e de um indesejado estágio em que parece declarada a falta de cooperação entre o Estado e a sociedade civil.

Com essas breves razões, percebe-se a importância dos elementos de prova e sua correta distribuição pelo juiz, no processo judicial, para o alcance da verdade real dos fatos.

Verificam-se, na moderna legislação, elementos que já induzem a ideia de que o legislador admite que a parte autora, em processos previdenciários, seja hipossuficiente. Veja-se o que dispõe o art. 11 da Lei 10.259/2001 que trata de regras de direito processual no âmbito dos Juizados Especiais Federais:

Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Fica patente que o Legislador contemporâneo, em matéria previdenciária, não só entende pela possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da Prova, como a necessidade do fornecimento de condições para que o juiz possa, com base nos elementos de prova produzidos no âmbito administrativo, verificar a legalidade do ato.

Nos dias atuais, a grande preocupação da ciência processual reside na sua efetividade, ou seja, no pleno alcance de sua finalidade, que é a de se realizar a justiça.

Entretanto, para conferir ao processo a natureza de instrumento efetivo de acesso à justiça, não basta assegurar o ingresso em juízo, ou seja, a mera utilização desse método de solução de litígios. Exige-se a efetividade da proteção judicial e da ordem constitucional.

Busca-se, portanto, o bom funcionamento do mecanismo judicial, que se eficiente, então levará à efetiva tutela jurisdicional, com o perfeito alcance da finalidade do processo, que deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função social, atingindo a sua plenitude em todos os seus aspectos institucionais, tal como preleciona o professor Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “A instrumentalidade do processo”. (DINAMARCO, 1999, p. 270)

O princípio do contraditório determina, em termos probatórios, que haja garantias de que todos os meios de prova constitucionalmente legítimos sejam facilmente manejados, inclusive com a possibilidade do Juiz distribuir dinamicamente a sua produção, para que as alegações trazidas possam, efetivamente, servir de elementos seguros para a formação do seu convencimento.

Assim, não basta que a lei seja respeitada. Seu intérprete, antes de analisar a prova ou o pedido de sua produção, coloque as *lentes de aumento* constitucionais para que possa interpretar a regra legal sem, nunca, esquecer-se das premissas pela constituição estabelecidas.

Nesse diapasão, possuindo os processos previdenciários as suas peculiaridades e, na maioria das vezes, tendo como ponto de discussão benefícios de caráter alimentar, há de se preocupar com a questão probatória a fim de que se garanta um resultado justo e eficiente.

2. A DISTINÇÃO ENTRE A VERDADE MATERIAL E A VERDADE FORMAL

A doutrina, em Direito Administrativo, é quase uníssona ao estabelecer a presunção de veracidade dos atos da Administração, cujo reflexo é a isenção da Administração de provar os fatos afirmados, dificultando, em muito, as chances de vitória do segurado no contencioso judicial previdenciário.

É cediço, entretanto, que o Direito Administrativo passa por uma grande revolução em suas bases teóricas, tendo em vista que, em Estados Democráticos, espera-se uma Administração que promova a proteção dos direitos fundamentais e não os mitigue.

As premissas do garantismo e da efetividade tem causado, também, verdadeira revisão metodológica no Direito Processual com a finalidade de permitir aos cidadãos o real acesso à justiça, exigindo-se para tal um julgamento feito por juiz imparcial e equidistante das partes, porém participativo na busca da verdade.

A cada dia, vem ganhando espaço a doutrina que requer do juiz a participação ativa na produção de provas, por que com a atividade instrutória do magistrado, não se estaria mitigando a “imparcialidade” e sim garantido a “ busca da verdade real” que poderá beneficiar tanto autor quanto o réu, dependendo do caso.

O professor Márcio Carvalho Faria (2013, p.734) fez interessante abordagem sobre o princípio do contraditório efetivo, o qual se pode correlacionar com a atividade probatória no processo judicial:

Não é possível falar em contraditório pleno e efetivo sem a participação proba, leal e íntegra de todos os sujeitos do processo, sob pena de a demanda se tornar um jogo de espertezas ou “ malabarismo processual”, a contribuir para aumentar a já elevada taxa de ineficiência da justiça, incrementando o descrédito do Poder Judiciário.

Alguns juristas tentaram solucionar o impasse entre a “imparcialidade” e a “ busca da verdade real”, distinguindo a “ verdade formal” da “ verdade material”, sendo a primeira construída dentro do processo e que, muitas vezes, não corresponder aos fatos reais pretéritos e segunda a de natureza empírica.

O doutrinador FRANCESCO CARNELUTTI é ferrenho crítico de tal distinção, pois segundo os seus ensinamentos:

(...) a verdade só pode ser uma, de modo que ou a verdade formal ou jurídica coincide com a material, e não é mais que verdade, ou diverge dela, e não é mais que uma não-verdade (tradução, La Prove Civile, p. 29)

Realmente, tal distinção é questionável, pois o direito público é ancorado por direitos indisponíveis, não podendo a verdade formal se desigular da material e, no processo previdenciário, o objetivo é único: a concessão de um benefício de caráter alimentar.

Há autores, tais como o professor José Carlos Vieira Andrade (2004, p. 56), que sustentam a prevalência do princípio da verdade material nas causas em que o Estado é parte, se desconsiderar, no entanto, normas limitadoras, como a que veda o uso de provas ilícitas e o conhecido princípio da demanda.

Tais normas, apesar de indispensáveis a realização de um processo justo, contribuem para colocar obstáculos ao encontro da verdade absoluta.

Nesse sentido, segundo Marcelo Abelha Rodrigues (2007 p. 33), no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, há a colocação de que, na busca da justiça, o juiz deve estar dotado de poderes instrutórios ilimitados, que lhe permitam ser um “caçador da verdade”.

De outra monta, um juiz realmente ativo, com poderes para descobrir a verdade de qualquer modo, poderia acabar substituindo o poder das partes na atividade destinada à produção de provas, resultando na negação total do princípio dispositivo o que seria incompatível com o modelo processual garantista.

A grande indagação que se faz é: como alocar o princípio dispositivo para as situações de direito material público/previdenciário sem comprometer a busca da verdade real?

A resposta ainda não foi lapidada, mas o que se pode afirmar com convicção é que deve ser rechaçada a distinção entre verdade formal e verdade material. Nesse sentido, o professor e doutrinador José Maria Rosa Tesheiner explica:

A verdade não é o fim do processo. É apenas meio. Não se busca a verdade por amor à verdade, mas apenas para se puder afirmar se incidiu ou não incidiu norma jurídica. É preciso decidir, de preferência em curto prazo. Por isso mesmo, não se busca a verdade absoluta ou material. Certo, a verdade é uma só e, portanto, não se pode opor uma verdade relativa ou formal a uma verdade absoluta ou material. Assim, quando se diz que o processo se contenta com a verdade formal, o que na realidade se afirma é que nele se procura a verdade, mas sendo impossível, difícil ou inconveniente alcança-la, contentamo-nos com uma aparência de verdade.

Nesse passo, o magistrado, na prestação da tutela jurisdicional, deve envidar todos os esforços para buscar a verdade, limitando-se, é claro, aos fatos trazidos pelas partes e pelas restrições legais e constitucionais de seus poderes de instrução. Assim, o processo judicial só

pode ser qualificado como justo sempre que se torne possível a busca da verdade; e não só quando ele a encontre.

Com isso, a verdade processual é o meio para realização do processo justo e se tiver, ao menos sido explorada de todas as formas, mesmo que não alcançada a verdade material, dir-se-á que houve justiça no julgamento.

2.1- A importância da disponibilidade ou da indisponibilidade do Direito na aplicação da melhor técnica processual

É de costume conjugar-se a indisponibilidade de determinado direito material levado a juízo ao princípio inquisitório, e a disponibilidade do direito, ao princípio dispositivo.

Nesse sentido, o doutrinador Mauro Cappelletti defendeu que a natureza da relação substancial deduzida em juízo e, em particular, a disponibilidade ou a indisponibilidade influi sobremaneira na técnica processual a ser aplicada. (CAPPELETTI, 2001, p. 75)

Entretanto, apesar da sedutora doutrina querer afirmar que no processo penal incide o princípio inquisitório, enquanto no processo civil vige o princípio dispositivo, tal conclusão não merece acolhimento.

A priori, por que no processo penal também se identifica o poder de disposição sobre o objeto do processo, senão veja-se o instituto da transação penal. Em segundo lugar, pois nem todos os direitos privados são disponíveis no processo civil, mesmo que as partes estejam de acordo.

O princípio dispositivo apenas soergue que a imparcialidade do juiz seja preservada. Alguns, no entanto, afirmam, de forma pouco eloquente, que o princípio dispositivo é mitigado quando o juiz realiza atividades instrutórias de ofício, tais como o permissivo legal contido no art. 130 do Código de Processo Civil.

Não se trata de mitigação ao princípio dispositivo e sim de constitucionalização do processo sob a ótica da verdade real dos fatos que deve ser perquirida pelo magistrado.

Tal regra veja-se, pode, ainda, ser entendida no trato de conflitos entre particulares, onde, realmente, deve-se prezar pela aplicação do princípio dispositivo que é a expressão da liberdade. Não se pode, porém, amarrar as mãos do juiz que entenda necessária a

realização de provas de ofício. Tal ponderação deve se ater à presença ou não de direitos indisponíveis.

O professor Celso Agrícola Barbi (1998, p. 15) assim ensina:

Quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, o princípio dispositivo cede lugar ao inquisitório, no qual tem ênfase a regra de que o Juiz deve julgar segundo a verdade real, e não segundo a verdade formal, que emerge do jogo de presunções fixadas na lei. Demonstração disto encontra-se no art. 320, II, que retira da revelia a consequência presunção da verdade dos fatos afirmados pelo autor, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Da mesma maneira, o art. 351, que diz não valer como confissão a administração, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

É evidente que não deve ficar ao capricho do juiz determinar ou não a realização da instrução. Nas causas sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve ter sempre caráter subsidiário para suprir as deficiências das partes, para que não incorra em comprometimento de sua imparcialidade.

O eminente processualista Leonardo Greco (2005, p.103) preleciona em sua obra “O conceito da prova”, nesses termos:

(...) nas causas que versam sobre direitos disponíveis, o respeito ao princípio dispositivo é regra salutar que protege a imparcialidade do juiz, todavia, não é regra absoluta, pois o juiz deve abandoná-la e tomar a iniciativa de produzir provas sempre que for necessário assegurar in concreto a paridade de armas, assim como evitar que as partes se distanciem da prova objetiva.

Noutra toada, deve-se aplicar o princípio inquisitório em todos os casos em que houver indisponibilidade do direito material ou situação de notória desigualdade entre as partes, sendo irrelevante a regra contida no art. 282, VI, do Código de Processo Civil, que prescreve como requisito da petição inicial a indicação das provas com as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Nessa seara, uma vez alegados os fatos, o Juízo deve investiga-los de ofício.

Nesse passo, é de se reconhecer que o Juiz do contencioso judicial público, mormente, na seara previdenciária, em que a maior parte dos direitos são indisponíveis, pois relacionados à “ dignidade da pessoa humana”, à “ saúde” e à “ subsistência, deve ter uma postura diferente do juiz do processo civil, pois nesse caso, a desigualdade entre as partes e a indisponibilidade dos direitos constituem regra.

Assim, um segurado da previdência ou mesmo um cidadão de direitos da assistência social, ambos pertencentes à seguridade social, que deduz certa pretensão em juízo em face do INSS ou de outro órgão previdenciário público (detentores de prerrogativas

materiais e processuais), deve fazer jus a uma tutela judicial efetiva, devendo o Juiz prezar pela verdadeira isonomia processual a fim de que a justiça seja alcançada.

2.2. O problema da Presunção de veracidade dos atos da Administração Pública

O renomado PONTES DE MIRANDA (2001, p. 109) diferencia a ficção da presunção, ao asseverar que :

a ficção abstrai de toda consideração de probabilidade: o legislador mesmo prescindiu de toda exploração do real; pareceu-lhe melhor criar o elemento ou os elementos do suporte fático e impô-los, como se fossem reais, ao mundo jurídico.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a presunção seria uma resultante extraída de um juízo de probabilidade.

A presunção é, na verdade, um sucedâneo de prova, e não um meio de prova como está equivocadamente arrolado no art. 212, IV, do Código Civil de 2002.

O ilustre processualista José Carlos Barbosa Moreira (2007, p. 218) diferencia a presunção legal da presunção judicial do seguinte modo:

a prova (documental, testemunha etc.) é um ponto de partida, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato, ao passo que a presunção judicial é um ponto de chegada, já corresponde ao conhecimento adquirido.

A doutrina majoritária, no Brasil, reconhece que os atos administrativos gozam de presunção de veracidade.

O eminente professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 134), no compêndio de direito administrativo, nesse sentido, assevera:

Enquanto não sobrevier pronunciamento em contrário, emanado de algum órgão competente para ditá-lo, da Administração ou do Judiciário, os atos da Administração são havidos como verazes, legais, legítimos e lícitos, ou, em síntese, válidos.

O professor Gasparini (2005, p. 07) explica que apesar de se falar em presunção de legitimidade ou de veracidade como sinônimos, as duas podem ser divididas por sustentarem situações diferenciadas. Na presunção de veracidade, os fatos alegados pela Administração em relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, são tidos como verdadeiro, pois dotados de fé pública. Já na presunção de

legitimidade, o eminente doutrinador aduz que tal presunção diz respeito à conformidade do ato com a lei, devendo-se presumir verdadeiros os atos até que se prove o contrário, quando emitidos com observância da lei.

Uma primeira consequência da presunção de legitimidade é que os atos da Administração Pública revestem-se de fé-pública, diferentemente dos particulares, que precisam recorrer aos serviços notariais em nome da segurança jurídica.

No confronto entre Poder Público e particular, pode-se, de forma cristalina, verificar o desequilíbrio existente no valor das suas provas. O documento público, emanado da Administração Pública, tal como tarifado no Código de Processo Civil reduz, drasticamente, as chances de vitória do cidadão.

Todavia, qualquer tarifação da prova demonstra-se totalmente incompatível com a opção escolhida pelo Código de Processo Civil, em seu art. 131, quando fala do *livre convencimento motivado*.

Apesar disso, por força da eficácia probatória dos documentos públicos, a doutrina estabelece uma presunção de veracidade dos fatos nele referidos.

Com isso, a presunção de veracidade estabelecida para todos os atos administrativos determina a inversão do ônus da prova, sobrecarregando muitas vezes o cidadão que não tem condição alguma de provar certos fatos que a Administração imputa a ele como verdadeiros.

HELLY LOPES MEIRELLES (1991, p. 30) ensina que “*outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca*”.

Dessa forma, para a doutrina, o estabelecimento da presunção de legitimidade dos atos administrativos acarreta reflexos processuais e, em especial, transfere o ônus da prova para, nos casos de processos previdenciários, para o segurado.

Em termos de isonomia processual, a pergunta que se faz é a seguinte: Se os atos da Administração são presumidamente legítimos, devem, os atos do cidadão/ segurado do regime previdenciário, ser considerados ilegítimos ou não verdadeiros? Por que a palavra da Administração vale mais do que a do segurado se, no processo, estão em condições de igualdade?

O grandioso RUI BARBOSA em lição para ficar para história asseverou:

Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado. Antes, se admissível fosse aí

qualquer presunção, havia de ser em sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper, as que exercem as perseguições, administrativas, políticas e policiais, as que, demitindo funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o Tesouro público terríveis responsabilidades.

Realmente, como dito há tempos por Rui Barbosa, diariamente, noticia-se em todas as mídias jornalísticas os escândalos de corrupção e abuso de poder perpetrados pelos órgãos da Administração Pública brasileira. Por isso, a palavra e os atos do cidadão não podem ficar abaixo dos atos da Administração Pública.

Um caso emblemático é quando um segurado do INSS comparece em juízo requerendo a anulação do ato da Administração que indefere um benefício por incapacidade, apresentando atestado de médico do trabalho que não o permitiu o retorno ao trabalho. Em muitos casos, após a perícia médica judicial, conclui-se pela veracidade do ato do segurado e a inveracidade do ato da administração. Tal exemplo, por si só, demonstra que não se devem presumir verdadeiros os atos da administração quando em confronto com os atos do particular.

Deve-se conferir, sim, credibilidade à palavra do segurado que, quando aciona a tutela estatal, apresenta suas alegações acompanhadas de indícios de prova material, desincumbindo-se do seu ônus.

Em última análise, significa encontrar uma forma de “proteger” o cidadão em face dos excessos do Estado, este sim com atual descrédito por parte da sociedade e dos próprios órgãos jurisdicionais que cansam de observar as grandes incongruências em suas decisões administrativas.

2.3. A (in) eficácia da presunção de veracidade do ato administrativo no processo previdenciário

Nesse trabalho, não se sustenta que as prerrogativas do Poder Público no processo previdenciário devem ser afastadas por completo, visto que são legítimas e necessárias quando se percebe a grande complexidade sistemática da atuação da Fazenda em Juízo.

Todavia, quando se fala de presunção de legalidade ou presunção de veracidade dos seus atos, tem-se que tal prerrogativa afronta, diretamente, a isonomia processual, pois criam um obstáculo guaranítico à tutela efetiva dos direitos fundamentais.

A presunção de legitimidade do ato administrativo não pode significar que para impugnar os efeitos materiais de um ato oriundo da Administração, o cidadão que é detentor

do ônus de agir em juízo, deva ser obrigado a provar que, no plano material, o Poder Público não tem razão.

Segundo Leonardo Greco (2006, item 10), existe um dever de fundamentar os atos administrativos em fatos e provas concretos justificadores da causalidade adequada daqueles, em razão dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, que regem a Administração Pública.

Assim, sem que haja correta fundamentação, presente estará a razão para ineficácia da respectiva presunção de legitimidade do ato. Existe um dever da Administração de provar que sua atuação está conforme a lei e conforme a constituição, tanto no processo administrativo como no judicial.

Se existe um dever constitucional de fundamentar os atos administrativos em fatos e provas justificantes daqueles, é inaceitável que uma presunção legal estabeleça um prejuízo irreparável para o cidadão. Atribuir, de forma absoluta, presunção de legitimidade ao ato administrativo (mesmo que não fundamentado corretamente ou sem provas validadoras) não só fere a liberdade, mas também a igualdade das partes no processo.

Afinal, segundo os ensinamentos do professor Antônio Janyr Dall' Agnol Júnior (DALL' AGNOL, 2008, P. 280) só é possível igualdade, em tema de prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza.

Nessa linha de raciocínio, o Poder Público, para legitimar uma restrição na liberdade do cidadão, tem que apresentar a prova dos fatos justificantes da intervenção por uma razão de isonomia processual.

Não se pode dizer que a presunção de legitimidade de um ato do INSS, quando se está tratando de um benefício de caráter alimentar, seja absoluta.

Está mais do que na hora de se reconhecer o fim do modelo autoritário de presunção de legitimidade do ato administrativo que deve ceder lugar ao modelo garantista, subordinado aos comandos constitucionais. Não só os direitos, mas também os fatos devem ser levados a sério, sem preconceitos e cognição tendente à valorar o ato administrativo antes de analisá-lo.

O processo previdenciário, como já dito, tem o fito alimentar e, por conseguinte, a presunção de legitimidade dos atos da administração (principalmente quando se fala de INSS) deve ser relativizada para que se alcance a justiça para cada caso concreto analisado.

3. A NATUREZA DAS NORMAS QUE TRATAM DO ÔNUS DA PROVA E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

Ônus, em linguagem cotidiana, significa fardo, peso. O doutrinador James Goldschmidt (1961, P. 91) diz que o ônus se dá por um imperativo do próprio interesse.

O ônus seria um fato jurídico que atribui certa conduta ao seu detentor para que sua esfera de interesses materiais não corra o risco de ser negativamente afetada.

Apesar da não realização de alguma conduta estabelecida no ônus cause uma consequência na esfera jurídica da pessoa (ex.: nos casos em que o réu não contesta, reputam-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor), compreende-se o ônus como a expressão de liberdade ou manifestação de um poder. Isso ocorre pelo fato de a violação de um dever ou obrigação na esfera material ser considerada ato ilícito, enquanto o descumprimento do ônus é considerado, na esfera formal, ato lícito.

Superada a conceituação de ônus, impõe-se conceituar a “ prova”. De acordo com Greco (2006, p; 22), a prova é, antes de tudo, uma garantia da parte.

É justamente no viés da concepção garantista que se revela o conjunto de elementos responsáveis pela cognição do juiz, os quais precisam ser objetivamente controláveis para que haja uma decisão justa.

O instituto do ônus da prova é tido por grande parte da doutrina como uma espécie de regra de julgamento para os casos em que não há prova produzida, ou em que ela não seja suficiente para o esclarecimento dos fatos. Assim, o ônus da prova estaria atrelado, de forma equivocada, a princípio, à teoria da decisão e não ao direito probatório.

Entende-se, numa visão moderna, que mesmo quando um juiz investiga de ofício os fatos afirmados no processo, ainda assim pode acontecer que haja alguma incerteza sobre a sua existência. No entanto, tem-se sempre a premissa de que o Poder Judiciário deve decidir com o que tem em mãos.

Nesses casos, verifica-se a importância do conhecimento e compreensão do ônus da prova, cuja função é transformar os fatos incertos em consequências jurídicas certas e inequívocas.

Qual seria, então, a natureza jurídica do instituto do ônus da prova?

Segundo PONTES DE MIRANDA (2001, p. 254), a regra subjetiva sobre o ônus da prova não é de direito material , nem é processual; a existência do ônus é comum aos dois

ramos de direito, porque concerne à tutela jurídica. O que aponta como devedor pode exigir, fora do processo, que se prove a dívida, para que a pague.

Realmente, a técnica processual deve adequar-se à natureza do objeto, isto é, ao direito material. Com isso, o direito processual não deve ser separado do direito substancial, porque ambos fenômenos jurídicos no mundo real não se apresentam como realidades distintas.

Seria correto dizer que o ônus da prova se situa na interseção de ruas por onde passam o direito processual e o direito material.

Nesse passo, exige-se a repartição do ônus da prova no processo a partir da adequada e justa tutela dos direitos materiais que estarão em jogo. Com isso, a natureza do direito disponível ou indisponível, público ou privado, vai agir diretamente na distribuição da carga probatória de cada sujeito do processo. Observe-se que o legislador proíbe a convenção sobre o ônus da prova em caso de direito indisponível (art. 333, parágrafo único, Inc. I, do Código de Processo Civil).

Deve-se reconhecer que o ônus da prova se vincula à tutela judicial efetiva, na medida em que o conhecimento do instituto, o qual recai sobre uma das partes, influencia decisivamente o uso dos meios de prova pertinentes na defesa do direito material.

Nessa ótica, observa-se inexistir incompatibilidade entre a efetivação do direito à prova e o ônus da prova na construção de um processo realmente justo.

Não há, de forma direta, na Constituição Federal, regras objetivas que regulem o ônus da prova, mas a construção de uma teoria sobre o instituto exige a consideração de um modelo constitucional de processo justo e atenção especial ao princípio da paridade das armas.

3.1. As regras processuais referentes ao processo judicial em face do poder público, no Brasil, e a obediência à garantia da isonomia processual.

A doutrina, no Brasil, com a qual o presente trabalho concorda em parte, confere ao instituto do ônus da prova um papel negativo, vislumbrando-o como ônus da prova objetivo. Para José Roberto dos Santos Bedaque (2003, pp..117-119), por exemplo, o magistrado deveria se empenhar na busca da verdade, evitando o máximo fazer uso das regras do ônus da prova.

No entanto, aqui se propõe que o Juiz não deve ter um fascínio absoluto pela busca incessante da verdade, sob pena de tornar-se um burocrata por sentir medo de decidir sem o conjunto probatório que considere suficiente.

Existe um grau satisfatório de probabilidade de acerto da decisão, e sendo esta suficientemente motivada de acordo com as modernas técnicas do ônus da prova, o risco precisa ser assumido.

O professor LUIZ GUILHERME MARINONI (2006, p. 133) adverte que a tão decantada tese de que o Juiz deve determinar a prova de ofício deve ser vista como uma ideia simplista e ingênua caso tenha a pretensão de se constituir uma alternativa ao julgamento baseado na regra do ônus da prova.

Com muita razão o professor Marinoni, pois, em muitos casos, há mais provas a serem produzidas ou o magistrado desconhece por completo outros meios de prova capazes de esclarecer os fatos. Afinal, o juiz, na maioria dos casos, não possui uma visão mais privilegiada do que a das partes.

Veja-se, no entanto, que tal constatação não retira a dignidade constitucional do instituo, pois a decisão fundada nas regras do ônus da prova deve ser motivada, concretizando outras garantias processuais do processo justo.

Como manifestações do direito ao processo justo, ou seja, com a versão moderna do devido processo legal, as partes litigantes possuem em conjunto com o direito de se defender provando, também o direito a distribuição do ônus da prova de forma justa.

Existe uma relação especial entre o direito de se defender provando e o direito ao ônus da prova justo. Obviamente isso passa pela consideração do direito material em questão. Com isso, não se pode duvidar que a aplicação do Código de Processo Civil deve ser avaliada a partir da adequada tutela dos direitos materiais. Uma política processual séria, que considera a tutela dos direitos subjetivos dos cidadãos como questão prioritária nas lides travadas entre o Poder Público e cidadão, deve atentar para a justa distribuição do ônus da prova para não impedir o acesso das pessoas aos seus direitos.

Nesse passo, pergunta-se: Seria adequada a utilização pura e simples do art. 333 do Código de Processo Civil para todas as lides do Direito Processual Público?

Existe uma regra fundamental, para o ônus da prova, apta a tutelar com justiça todos os problemas que culminem com fatos controversos?

No Brasil, muito ainda se utiliza da máxima latina “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”, com a qual cabe o autor provar que o que diz é verdadeiro, pelo simples fato de ajuizar a ação e realizar informações.

Na doutrina que se prega nesta proposta monográfica, tal fórmula não deveria ter aplicação nos litígios do contencioso judicial, simplesmente pelo fato de que inexistem ônus subjetivo da prova e os juízes devem investigar, sempre que necessário, os fatos afirmados sem os limites impostos pelas provas aduzidas pelas partes.

Em verdade, uma das críticas que deve ser dirigida àquela regra é que ela se afigura arbitrária para casos idênticos em que as partes se apresentem em posições processuais trocadas.

Observe-se, a propósito, a crítica de CELSO AGRÍCOLA BARBI (1998, p. 12) ao art. 333 do Código de Processo Civil, que distribui o ônus da prova de acordo com a posição da parte no processo, partindo do pressuposto de que todas as demandas são condenatórias e desconsiderando as demandas declaratórias negativas. Para aquele jurista, ônus da prova deve ter como referência somente a natureza do fato jurídico invocado pela parte, sustentando que na ação declaratória negativa de débito, por exemplo, não caberia ao autor provar inexistência do fato constitutivo do débito, mas o fato impeditivo, modificativo ou extintivo que tenha porventura alegado na exordial. Já o réu teria o ônus de provar o fato constitutivo do crédito impugnado.

O Direito processual probatório brasileiro vem sofrendo forte influência do Direito processual alemão quanto aos aspectos relacionados com o ônus da prova. A formulação teórica que vem sendo acolhida pela jurisprudência é chamada “teoria da norma” ou *Normbegünstigungsprinzip* em alemão, em que o direito material, em primeiro plano, que decide sobre quem recai o ônus de provar o fato controverso.

De acordo com esta teoria, patenteada pelo germânico LEO ROSEMBERG, quem pretende fazer valer a sua pretensão, carrega o ônus da prova para os fatos constitutivos do direito; ao contrário, quem quiser de qualquer modo paralisar a eficácia da pretensão, carrega o ônus da prova para fatos impeditivos, extintivos e modificativos da pretensão.

Não se pode esquecer que nem sempre é fácil saber para quem, em relação ao direito material, o resultado é mais favorável, pois existem relações complexas entre cidadão e Estado, em que terceiros muitas vezes tomam parte.

Quando um cidadão ajuíza uma ação, ela serve para efetivação de seu direito individual, mas também, em alguns casos, para o controle da Administração Pública.

Nesse passo, pertence também ao interesse estatal desvendar questões referentes a prestações, mormente quando a vida e a saúde das pessoas estão em jogo, e não simplesmente negá-las. O demandante nos litígios contra a Administração Pública não defende apenas a si mesmo, mas o próprio interesse público.

Observe-se que as normas de direito privado foram cuidadosamente elaboradas na perspectiva de execução por meio do processo judicial. No entanto, os instrumentos processuais para efetivação de muitos direitos subjetivos públicos, apesar de estes serem assegurados constitucionalmente, esbarram muitas vezes na falta de regulamentação legal. Não existe um Código de Processo Público.

O debate contemporâneo acerca da distribuição do ônus da prova denota a necessidade de se estabelecer regras gerais e flexíveis.

Não se acredita mais na existência de apenas uma regra geral para disciplinar todos os casos em que o magistrado tenha de decidir sobre fatos controversos. Contudo, cumpre reconhecer que o art. 333 do Código de Processo Civil continua a ser o ponto de apoio para a aplicação do instituto no direito pátrio.

É justamente visando-se estabelecer a justa distribuição do ônus da prova, que um setor da doutrina tem procurado estabelecer e fixar uma *teorina dinâmica do ônus da prova*, que fuja das amarras da regra geral da teoria estática, que não leva em consideração aspectos particulares do direito material.

Na teoria do ônus da prova dinâmico, a carga probatória apresenta uma mobilidade que depende de cada caso concreto.

A princípio, se o particular exige uma prestação do Poder Público, cabe a ele provar os fatos constitutivos de seu direito; mas se ele impugna um ato administrativo, é dever da Administração justificar juridicamente a sua realização.

É preciso, entretanto, observar que o ordenamento jurídico pode dispor de modo diferente, estabelecendo que a Administração ou o particular devam provar determinado fato. Nesse caso, a regra especial prevaleceria sobre a geral.

Não se pode olvidar que determinados ramos do Direito possuem regime jurídico próprio, que guia o intérprete na justa disposição do ônus da Prova. É o que ocorre no Direito Penal, onde incide o princípio da presunção de inocência.

Embora o artigo 333 do Código de Processo Civil possa orientar a distribuição do ônus da prova, reconhece-se que ele não se revela apto a tratar de modo justo todos os casos.

O magistrado deve valorar as circunstâncias do caso que lhe é apresentado, perquirindo não só qual das partes se encontra em melhores condições de produzir a prova, mas também se há alguma dificuldade na produção da prova por parte daquele que, de acordo com a regra geral e abstrata (art. 33, CPC), teria normalmente o ônus de produzi-la.

Realmente, é cediço que a Administração Pública encontra-se em posição privilegiada (em quase todos os casos) para demonstrar ou infirmar o fato alegado pelo administrado, porque detém o controle dos meios de prova. Nestes casos, nada mais justo que o Poder Público apresente as provas necessárias à elucidação dos fatos.

No entanto, se a prova estiver em poder do particular, este detém o ônus de trazer os elementos necessários aos autos.

Isto não pode ser, no entanto, verificado em abstrato, mas somente à luz do caso concreto. Por isso, a sustentação de que as regras clássicas de distribuição do ônus da prova não podem mais ser vistas como sagradas, porque é incoerente atribuir ao autor a produção da prova quando esta estiver em poder do demandado.

Enfim, o cidadão precisa expor todos os fatos de acordo com a verdade, indicando os meios de prova com os quais pretende demonstrar a veracidade de suas afirmações. O Juiz tem, inversamente, de zelar para que a autoridade pública prove todas as questões fáticas que estejam na sua esfera de responsabilidade. Nesse sentido, distribuir-se-á igualmente as chances de vitória no contencioso judicial, prezando-se pela aplicação do princípio da paridade das armas e, com isso, realizando-se o processo justo.

4- OS FUNDAMENTOS PARA A CORRETA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Como dito alhures, medir a importância do direito à prova em matéria previdenciária pressupõe que o objeto de estudo hospeda a convergência de dois direitos constitucionais fundamentais: o direito processual de produzir prova lícita e o direito material à Previdência Social.

Se o direito de produzir prova é irradiação do devido processo legal e por seu conteúdo intrínseco já manifesta superior dignidade, quando a prova se faz instrumento para a satisfação de um direito fundamental intimamente ligado à dignidade da pessoa humana ela se demonstra de importância singular. É um direito fundamental como meio de satisfação de um bem da vida também fundamental.

A missão da prova não poderia ser então mais nobre. E a violação desse direito, por consequência, não poderia ser mais grave.

Ação previdenciária é prova e nela a hipossuficiência da parte, a eventual ausência de meios para a produção da prova e a relevância do direito em questão provocam uma participação ativa do magistrado na instrução do feito, como condicionante para o pronunciamento de uma sentença justa.

Uma questão importante acerca da correta distribuição do ônus da prova tem a ver com o momento em que tal medida deve se dar. Nesse aspecto, três correntes se destacam.

A primeira corrente diz que o momento correto é por ocasião do despacho inicial.

Esta linha, no entanto, não parece bem sustentável, haja vista que antes da contestação, os fatos ainda não podem ser considerados controversos. Decidir sobre a distribuição do ônus probatório, nesta fase, seria um atropelo.

A segunda corrente diz que o momento ideal para distribuição do ônus probatório seria na sentença. No entanto, parece que a aplicação de tal tese denotaria eventual cerceamento de defesa. Se a inversão do ônus da prova fosse realizada na sentença haveria grave violação ao contraditório, porque impediria a parte de apresentar defesa e influenciar o convencimento do magistrado.

A terceira corrente defende que o melhor momento para distribuição do ônus da prova seria na decisão de saneamento. Tal corrente parece a mais acertada, pois é na decisão de saneamento, antecedente à instrução, que os pontos controversos são fixados, constituindo o melhor momento.

Em alguns procedimentos previdenciários, notadamente no dos Juizados Especiais, não ocorre uma oportunidade de saneamento antes da audiência de instrução e julgamento. Por esta razão, se o juiz, na audiência de instrução e julgamento, constata a necessidade de inversão do ônus da prova, tem o dever de conferir à parte prejudicada pela inversão a oportunidade de apresentar a contraprova, podendo marcar nova audiência para que a prova seja submetida ao contraditório.

Em qualquer hipótese, a distribuição do ônus da prova na sentença soa inconstitucional, porque viola diretamente o princípio do contraditório e ampla defesa. Não é razoável que se mude as regras do jogo depois que este termina.

Outro ponto importante na correta distribuição do ônus da prova são os requisitos essenciais à medida.

Segundo MARINONI (2006, p.332), são três requisitos autorizadores da distribuição do ônus da prova: a) Vulnerabilidade probatória; b) alegação de fatos verossímeis; c) sansão por comportamento reprovável.

Depreende-se da lição do citado doutrinador que não será apenas a mera hipossuficiência econômica frente ao Poder Público capaz de autorizar a inversão do ônus da prova, e sim a dificuldade objetiva de adquirir material probatório. Tal fato ocorre com frequência em processos previdenciários.

Afinal, há vulnerabilidade econômica tanto no caso do cidadão ser pobre e ter a prova em seu poder, com na hipótese do cidadão não dispor de recursos para pagar a realização da prova (tal como acontece quando um segurado requer a produção de prova pericial e não pode custear os honorários do perito).

Por verossimilhança, entende-se a situação de existência de indícios que permitam concluir que um fato é verdadeiro.

A falta de prova documental, por exemplo, não pode determinar o indeferimento de plano da petição inicial do autor, principalmente quando se constata que a prova pode ser produzida pela Administração ou que é ela responsável pelo fornecimento de certos documentos por força legal.

O magistrado pode e deve inverter o ônus da prova fundamentando sua decisão interlocutória na equidade e na possibilidade mínima do autor produzir tal prova em face da Administração, desde que as alegações sejam verossímeis.

Nesse passo, comenta-se também o primado da “cooperação”, com a qual as partes têm o ônus de fornecer ao órgão jurisdicional as circunstâncias do caso que sejam

relevantes e que estejam no campo do seu conhecimento para que o juízo realize a adequada prestação jurisdicional em busca da verdade.

A ideia de colaboração no processo visa reforçar a comunicação dos sujeitos processuais e viabiliza o alcance da verdade real. É o juiz, portanto, que é o sujeito processual capaz de possibilitar este diálogo.

Ao revés, verificam-se traços de autoritarismo quando o juiz coloca-se acima das partes, não sendo obrigado a dialogar com os outros sujeitos processuais, que só vão reconhecer o caminho de seu pensamento na sentença.

O problema se encontra justamente na constatação de que o modo autoritário de atuar é o que está consagrado em nossa legislação, demonstrando-se contrária à perspectiva cooperativa. Veja-se que o Código de Processo Civil estabelece em seus arts. 339 a 341, a princípio um dever de colaboração para as partes e os terceiros, mas esqueceu o legislador de explicitar a contribuição do juiz na busca da verdade.

Se, por um lado, cabe ao magistrado conduzir o processo, guiado pelo espírito do diálogo, por outro lado, não se deve ser ingênuo a ponto de acreditar que sempre as partes estarão dispostas a cooperar. O importante é que o magistrado facilite a cooperação, informação e possibilidade de reação das partes. É na realização do processo justo que deve ser fundamentada hoje a ideia de cooperação.

Alguns indagarão: existe a regra de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo e que tal regra inviabiliza a distribuição do ônus da prova quando a Administração tiver que apresentar elementos que conduzam a sua condenação.

No entanto, tal princípio não pode ser aplicado à Administração Pública, pois a esta interessa também a verdade real, mesmo quando no pólo passivo de uma ação judicial.

Existem inúmeros dispositivos no ordenamento jurídico pátrio que determinam que o Estado faça, sim, prova contra si mesmo. Veja-se a disposição do art. 6º, parágrafo primeiro, da Lei do Mandado de Segurança:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

No mesmo passo, observe-se a disposição do art. 358, I, do Código de Processo Civil:

Art. 358. O juiz não admitirá a recusa:
I - se o requerido tiver obrigação legal de exhibir;
(...)

Ainda, observe-se o conteúdo do art. 11 da Lei 10.259/2001:

Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Enfim, o magistrado pode e deve, mesmo sem previsão na lei infraconstitucional, inverter o ônus da prova em contrassenso ao art. 333 do Código de Processo Civil para beneficiar o cidadão hipossuficiente que litiga contra o Poder Público.

Se a análise do direito processual infraconstitucional deve ser conforme a Constituição, dever-se-á buscar, sempre, o tratamento isonômico.

Assim, se existem no ordenamento pátrio normas que determinam a inversão do ônus da prova, tal fato por si só demonstra a intenção do legislador em conferir ao mais fraco na relação processual vantagens para o alcance da justiça.

Assim é no Código de Defesa do Consumidor, na Consolidação Legal do Trabalho e em outras normas esparsas no ordenamento.

Tais legislações são fruto de um “microsistema de proteção”, no qual deve-se se inserir o processo público previdenciário.

A forma com que tal inversão deve se dar dependerá do caso concreto, do momento processual correto (na decisão saneadora) e do direito material posto em cheque.

A inversão do ônus da prova é uma forma de concretizar o direito ao ônus da prova justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A peculiar situação de hipossuficiência do segurado da previdência social, em face da exponencial voracidade autárquica por um sistema atuarial superavitário, traz aos operadores do direito do trabalho a árdua e constante tarefa de impedir ou minorar as consequências adversas desse avanço - corolário inevitável do abuso impetrado pelo Poder Executivo - sobre os segurados em geral, preservando-se o espírito protetivo, marca indelével desse ramo especializado do direito.

A apuração judicial da verdade está intimamente ligada ao conhecimento de como sucederam os fatos que dão esteio ao processo judicial, para, após a aplicação do conteúdo valorativo que ordinariamente se atribui aos mesmos, inserirem-se as normas positivas para resolução da contenda, buscando-se com esse procedimento tridimensional a manutenção da ordem vigente, a pacificação com justiça e a aplicação concreta do direito.

As constantes mudanças no conteúdo valorativo que a sociedade atribui aos fatos da vida afloram nas normas jurídicas que os regulam, na correlação com o nível de aprovação ou desaprovação que tais condutas passam a desfrutar no senso comum, o que aumenta exponencialmente a importância da busca da verdade no processo judicial.

Adotando-se a concepção de que o Direito tem como seu fim primeiro a busca da justiça, parâmetro ideal que se concretiza através da técnica jurídica, a elucidação dos fatos controversos do processo revela-se como medida de justiça, a qual, no processo, pode ser compreendida pelo emprego da equidade.

É que a busca da verdade, no processo judicial, será feita mediante provas judiciais, as quais terão como destinatário imediato o juiz ou até mesmo a sociedade fiscalizadora de sua atuação.

O juiz, na instrumentalidade do processo judicial previdenciário, sob o foco interpretativo da Constituição Federal, dispõe de peculiaridades na busca da verdade dos fatos não encontrados de forma explícita no Código de Processo Civil.

Como dito no decorrer do trabalho, o processo previdenciário tem contornos bem distintos dos processos judiciais comuns, haja vista a que os benefícios previdenciários têm natureza alimentar, carregando a ideia de que o indivíduo tem necessidade imediata de dinheiro para sua subsistência.

Diante de tamanha peculiaridade, deveria o processo previdenciário, tanto como o processo público em geral, ter uma legislação processual específica, com rito diferenciado, considerando-se, inclusive, a presunção de hipossuficiência dos autores.

No entanto, até que o legislador positive tal constatação, faz-se necessário que o juiz, intérprete dos mandamentos constitucionais (mesmo que não haja na Constituição regras objetivas que regulem ônus da prova), aplique a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em consideração ao modelo constitucional do processo justo.

A decisão, entretanto, fundada nas regras do ônus da prova deve ser motivada, concretizando outras garantias processuais sob a interpretação conforme a constituição, reconhecendo-se o direito fundamental do ônus da prova justo.

Portanto, afigura-se legítima a inversão do ônus da prova em desfavor da Administração, em virtude da vulnerabilidade probatória do cidadão, isto é, a dificuldade objetiva de adquirir material probatório. Dificuldade probatória que impede, muitas vezes, o acesso do cidadão ao seu direito. Por isso, deve o magistrado, sempre que possível, facilitar o exercício do direito fundamental do cidadão.

Fica demonstrada a necessidade da distribuição dinâmica do ônus da prova para o cumprimento dos mandamentos de um Estado Democrático de Direito a cada caso, de uma forma mais justa.

Outrossim, a inversão do ônus da prova é essencial para que fique evidenciada não somente parte da realidade, mas toda a verdade, pois são pequenos detalhes de uma história de vida que acabam por definir aqueles inconclusivos e intermináveis discursos sobre a vida daqueles que tem canais sensoriais cansados de já terem sido vítimas de tanta injustiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Justiça Administrativa (Lições)*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BALERA, Wagner. *A seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, Vol.I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2003.)

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, Trad.: Hiltomar M. Oliveira. Belo Horizonte: Editora Lider, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituição do Processo Civil*. Trad. Adrián Soderó. Vol.1.

DALL' AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “ *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios*”. *Revista jurídica*, Porto Alegre: Nota Dez, fevereiro de 2001, Vol. 280.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1999.

FARIA, Márcio Carvalho. *O princípio do contraditório, a boa-fé processual, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência.*” *Processo Constitucional/ Ana Carolina Squadri Santanna...*[et al.] coordenação Luiz Fux-1.. Ed.- Rio de Janeiro. Forense, 2013, p. 734

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005)

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral del Proceso*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America (coleção dirigida por Santiago Sentís Melendo- 2ª ed. Da publicada em 1936 pela Edital Labor de Barcelona), 1961, vol.I.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 6, pp. 47-59, set. 2003.

GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “A busca da verdade e a paridade das armas na jurisdição administrativa”. In : *Revista Centro de Estudos Judiciários*. Brasília: CJF, out./dez. 2006, nº 35.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, atualização: Sérgio Bermudes, 4ª ed. 3ª tir., 2001, tomo III.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.)

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “ Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional*, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, nº 1, p. 100, dez/mar. 2004

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A Defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. “ A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Grinover, Aluisio Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. 1ª ed. 2009, 1ª reimpr. Curitiba: juruá, 2010

TESHEINER, José Maria Rosa. “ Sobre o ônus da prova”, in: *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Prof. Egas Direceu Moniz de Aragão*, coord.: Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo: RT, 2005.