

PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM DIREITO SOCIAL

Fernando Rubin

Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities, Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul – CETRA-Imed, Professor Colaborador da Escola Superior de Advocacia – ESA/RS. Professor convidado de cursos de Pós-graduação latu sensu. Articulista de revistas especializadas em processo civil, previdenciário e trabalhista. Parecerista. Advogado do Escritório de Direito Social.

Resumo: O presente trabalho, em boa parte, é fruto de debates desenvolvidos em conferência organizada pelo autor na Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul (ESA-RS), em 13 e 14 de dezembro de 2012, e trata de definir pontos principais de convergência entre os procedimentos judiciais onde se projeta a defesa de direitos sociais dos segurados/acidentados/trabalhadores/consumidores – nas áreas, respectivamente, de direito previdenciário, acidentário, trabalho e consumidor, em que se deve formar rica teia de proteção aos interesses legítimos da parte hipossuficiente, que litiga em juízo em demandas individuais.

Palavras-chave: Processo civil. Direito material. Procedimentos judiciais.

Direito Social. Parte autora hipossuficiente.

Índice: Resumo. **1.** Apresentação. **2.** Noções propedêuticas em matéria de Direito Social. **3.** Procedimentos judiciais no direito previdenciário, no direito acidentário e a necessária qualificação do procedimento administrativo previdenciário. **4.** Procedimentos judiciais no direito do trabalho, no direito do consumidor e na previdência privada. **5.** Teoria geral de procedimentos em Direito Social, defesa da parte hipossuficiente e resguardo à produção da prova. **6.** Considerações finais.

1. Apresentação

I. Buscou-se debater em conferência realizada no final do ano de 2012, o que já vem sendo feito, e principalmente o que ainda pode ser feito, em matéria de defesa no âmbito processual da parte que litiga em juízo na busca de efetivação de um Direito Social. Campo esse de maior âmbito, envolve uma gama de disposições, inclusive (defendemos) de ordem processual, tendentes a oportunizar a concretização de direitos subjetivos na órbita social – garantido precipuamente benesse econômica de natureza alimentar a esses sujeitos.

Objetivamos apresentar algumas das reflexões desenvolvidas em dois dias de intenso debate, destacando, reforça-se, o que vem sendo feito e também aludindo às possibilidades de desenvolvimento de medidas mais eficazes de proteção processual à parte vulnerável nessas relações jurídicas nas esferas do direito previdenciário e acidentário, direito laboral e direito do consumidor.

II. Para tanto desenvolveremos relevantes reflexões sugeridas pelos palestrantes, os quais desenvolveram as suas concepções na seguinte ordem: *Jane Lucia Berwanger* – Procedimentos em previdência pública; *Ricardo Só de Castro* – Procedimentos em previdência privada; *Cristiano Heineck Schmitt* – Procedimentos em direito do consumidor; *Francisco Rossal de Araújo* – Procedimentos em direito do trabalho; *Felipe Camilo Dall’Alba* – Procedimentos administrativos previdenciários; *Fernando Rubin* – Procedimentos em direito acidentário.

2. Noções propedêuticas em matéria de Direito Social

III. Seguramente não é fácil identificar a dimensão do que seja “Direito Social”, já que o Direito por natureza é social, feito para vigorar na sociedade, e todos os ramos do Direito, portanto, têm essa característica, em maior ou menor grau¹.

De qualquer forma, entendemos viável e oportuno buscar identificar os principais ramos do Direito que se projetam para a proteção da parte hipossuficiente em uma relação jurídica de direito material – cuja hipossuficiência se estende ao campo processual, razão pela qual medidas de proteção e determinação de equilíbrio entre as partes litigantes devem restar corporificadas – seja via desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, seja via eventual alteração legislativa.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012. 28 edição. p. 15.

O papel do Estado perante os direitos sociais é justamente fazer com que esses se tornem eficazes perante a sociedade; o Estado, na maioria dos casos tem que intervir para que esses direitos sejam respeitados, buscando sempre a aplicação da igualdade entre os agentes atuantes. Por certo daí, o Estado-juiz, ao longo da tramitação do processo, possui também a prerrogativa de agir, na defesa da parte menos favorecida, a fim de trazer equilíbrio à guerra ritualizada².

IV. O Direito Social compreenderia, nesse contexto e no nosso sentir, um conjunto de disciplinas jurídicas voltadas para a proteção das pessoas, mormente em temas relacionados à garantia da natureza alimentar de algumas prestações a elas devidas – cenário que se corporifica no direito previdenciário, no direito acidentário, no direito do trabalho e mesmo no direito consumeirista, cujos pontos de contato, em matéria de proteção, são bem visíveis e devem ser costurados.

3. Procedimentos judiciais no direito previdenciário, no direito acidentário e a necessária qualificação do procedimento administrativo previdenciário

V. O procedimento judicial tendente a concretização de um direito subjetivo do segurado da Previdência Social possui peculiaridades interessantes que merecem o seu estudo inaugural.

Trata-se de demanda judicial que exige prévia negativa na via administrativa, vindo o segurado do INSS a requerer judicialmente a concessão de benefício de caráter alimentar ou ao menos parcelas alimentares vencidas que deixaram de ser pagas pela autarquia federal.

Em geral, a demanda tramita nos Juizados Especiais Federais, sendo só admitido o ajuizamento de demanda na Justiça Estadual, pelo rito comum ordinário, caso o benefício discutido seja por incapacidade e de natureza acidentária³.

VI. Tratemos primeiramente dos benefícios previdenciários requeridos junto à Justiça Federal⁴.

² BARBOSA MOREIRA, J. C. **La igualdad de las partes en el proceso civil** in Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67/81.

³ STJ Súmula nº 15 - 08/11/1990 - DJ 14.11.1990. Competência - Acidente do Trabalho: “*Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho*”.

⁴ ARAGONÉS VIANNA, João Ernesto. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: Atlas, 2012, 5 edição, p. 55 e ss.

A criação dos JEFs veio para agilizar a tramitação dos processos movidos especialmente contra o INSS, que é o grande réu nesse tipo de demanda. O procedimento, para causas de até sessenta salários mínimos, nos termos da Lei 10.259-2001, é do tipo sumaríssimo, projetado para que tenha o trânsito em julgado em período curto, hoje não superior a dois anos.

Trata-se, pois, de *iter* direcionado ao atendimento do jurisdicionado, propiciando rapidez no trâmite processual e eliminação de formalidades do processo comum (v.g., afastando o reexame necessário e instituindo a igualdade de prazos)⁵. A instalação pioneira do processo eletrônico, na Justiça Federal, também veio nesse mesmo diapasão, concretizando o direito à duração razoável do processo⁶ – buscando acelerar a tramitação dos feitos, eliminando os prazos mortos e otimizando a tramitação regular das demandas.

Como uma de suas grandes disposições, aparece a disciplina do art. 11, a determinar que a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a totalidade da documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Ora, tal novidade na seara processual, sem dúvida alguma, é de extrema relevância em defesa dos interesses da parte autora hipossuficiente (segurado da Previdência Social), a qual nem sempre possui condições de obter toda a documentação administrativa em poder da entidade pública e que em inúmeras oportunidades se saía prejudicada na lide em razão dessa entidade não juntar todas as informações que estavam em seu poder, notadamente aquelas que não lhe trariam vantagem alguma na prova do direito que estava sendo alegado em juízo pelo segurado.

No entanto, muito ainda há de ser feito nesse contexto, em que se exige a desburocratização da demanda de menor poder econômico, cumprimento das benéficas disposições legais, inclusive de acordo com os preceitos constitucionais⁷, em favor do segurado e acesso mais restrito às superiores instâncias pela autarquia recorrente.

Por exemplo, não é crível diante da aludida disciplina do art. 11 da Lei 10.259-2001 que o Juízo Federal determine o aditamento da inicial, sob pena de

⁵ SANCHEZ, Adilson. **Advocacia previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 179.

⁶ FÉLIX JOBIM, Marco. **O direito à duração razoável do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 2 edição. p. 133 e ss.

⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz; DI BENEDETTO, Roberto. **Jurisdição constitucional: entre direitos sociais e fundamentais e a cláusula da “reserva do possível” na visão atual do poder judiciário** in Previdência Social – Aspectos Controversos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45/60; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha – coordenadores. **Direito previdenciário e Constituição – Homenagem a Wladimir Novaes Martinez**. São Paulo: LTr., 2004. 110 p.

extinção do feito sem julgamento de mérito, para que se junte cópia integral do procedimento administrativo, se em geral o segurado possui reais dificuldades no acesso a essa documentação em tempo hábil e há, como posto, obrigação legal de juntada dos documentos de forma completa e célere pela autarquia federal.

Além disso, em termos de procedimento dos JEFs, causa-nos espécie a quantidade enorme de recursos de uniformização – os quais estão previstos no art. 14 da Lei 10.259-2001. A nosso ver parece realmente incompatível com o rito sumaríssimo, a possibilidade de postergação do trânsito em julgado, a partir do primeiro recurso disponibilizado – sendo que a sequencia legal autoriza, em relação às discussões infraconstitucionais, o Recurso Inominado, o Pedido de Uniformização Regional, o Pedido de Uniformização Nacional e ainda espécie de recurso de reclamação ao Superior Tribunal de Justiça⁸. Isso, sem contar a possibilidade de apresentação de Mandado de Segurança em relação às decisões interlocutórias graves de primeiro grau – na ausência da figura do agravo de instrumento nesse tipo de procedimento⁹.

Ademais, cobra-se do diretor do processo posição mais cuidadosa no exame dos acordos e na forma como determinada a extinção dos feitos previdenciários. Ocorre que, não raro, o INSS ao se deparar com a possibilidade real de procedência integral da demanda propõe acordo, para fins de imediata extinção do feito e pagamento de parte da dívida (em geral 80% das parcelas vencidas devidas), deixando-se em aberto a condenação nos legítimos honorários devidos aos patronos do segurado litigante¹⁰. Ora, tal propositura, ainda mais no que toca aos valores de principal, poderia ser razoável ao tempo da fase postulatória, mas após produzidas todas as provas e na iminência de prolação de decisão de mérito, por certo as cifras deveriam ser propostas em valores maiores, preservando além disso o trabalho do causídico ao longo do *iter* – cuja remuneração também possui caráter alimentar e deve ser preservada, quando efetivamente devida¹¹.

⁸ FERREIRA BERNARDO, Leandro; FRACALOSSO, William. **Direito previdenciário na visão dos tribunais**. São Paulo: Método, 2009, p. 575 e ss.

⁹ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. **Mandado de segurança – comentários à Lei 12.016/09**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38/40.

¹⁰ Em próxima perspectiva, vale a transcrição de relevante posição firmada pelo TRF da 4ª Região: *“Indefiro o requerimento de fls. 462, formulado pelo autor em 15-09-2010, para que seja homologado acordo com o INSS (segunda opção ofertada pela autarquia), uma vez que tal acordo prejudica o recebimento dos honorários contratuais, sem a aquiescência dos profissionais, o que infringe o disposto no §4º do art. 24 da Lei nº 8.906, de 1994. Publique-se e prossiga-se”*. (TRF4, APELREEX 2007.72.16.001002-1, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 28/09/2010).

¹¹ No rito comum da Justiça Federal são sempre devidos honorários, respeitada a disciplina contida no art. 20 do CPC; no entanto, no rito dos JEFs só são devidos honorários quando há encaminhamento do

Da mesma forma, entendemos que se houve ingresso com demanda judicial, tendo pendência de recurso administrativo – em segundo ou terceiro grau dentro das esferas internas do INSS – não parece crível que o resultado favorável ao segurado em meio à tramitação da demanda judicial determine – com a abreviação do procedimento – a simples extinção desta sem julgamento de mérito, forte no art. 267, VI do CPC. Temos que, *in casu*, o mais ajustado seria determinar judicialmente a extinção do feito com resolução de mérito, sendo aceito que houve espécie de (indireto) reconhecimento jurídico do pedido, forte no art. 269, II do CPC¹² – hipótese que, além de fazer coisa julgada do objeto litigioso em favor do segurado, preservaria a devida remuneração devida ao advogado do segurado.

Em uma ou outra hipótese, haveria privilégio judicial a parte autora que veio a juízo, em tempo, defender um legítimo Direito Social – respaldando-se, por tabela, o procurador que agiu diligentemente para que esse direito fosse imediatamente reconhecido. Posições judiciais favoráveis ao INSS em tais situações tendem a alimentar a judicialização dos conflitos, sendo que justamente o objetivo imediato deve ser coagir os abusos da entidade pública ré, respaldando a parte hipossuficiente que vem a juízo após muitas vezes absurdo indeferimento do pleito na via administrativa.

VII. Por sua vez, o processo judicial que determina a concessão de um benefício acidentário junto ao INSS possui da mesma forma peculiaridades interessantes, a ponto de incentivar a demonstração cabal de cada uma delas em espaço próprio¹³.

Geralmente a partir da negativa administrativa do benefício, envolvendo incapacidade em face de acidente típico, acidente de trajeto ou uma doença ocupacional, surge a oportunidade de o segurado se socorrer do Poder Judiciário para ver implementando, em todas as suas nuances, uma benesse de caráter alimentar – sendo que a Constituição Federal, no art. 109, determina a competência da Justiça Estadual para processamento dessas demandas.

A ação acidentária não corre nos Juizados Especiais Cíveis (JECs), em razão da vedação a esse rito sumaríssimo, imposto pela Lei nº 9.099/95¹⁴. A demanda

processo ao segundo grau, mantendo-se a decisão favorável ao segurado, de acordo com a disposição contida no art. 55 da Lei 9.099/95, aplicado supletivamente.

¹² BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 24 edição. p. 95/100.

¹³ RUBIN, Fernando. **Processo judicial de concessão de benefício acidentário** in Revista Jurídica (Porto Alegre) 408 (2011), p. 37-56.

¹⁴ DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Curso de juizados especiais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 35.

cível contra o INSS tem previsão na Lei nº 8.213/91, art. 129,II, para correr via rito sumário, previsto no CPC no art. 275 e ss¹⁵.

No entanto, a prática do foro nos revela que o rito comum, previsto no art. 282 e ss. do CPC, vem sendo seguido por se mostrar, na esteira de outras demandas ordinárias, mais apto a melhor instrução do processo e por não se mostrar diretamente prejudicial às partes litigantes¹⁶. Se é verdade que se torna um pouco mais moroso o deslinde do conflito (em comparação com o rito dos JEFs antes discutido), por outro lado a decisão judicial tende a ser mais equilibrada e próxima da verdade material, o que acaba determinando a opção judicial pelo rito comum ordinário¹⁷.

Em um processo com carga fática tão densa, por certo a instrução na demanda acidentária é ponto que merece especial realce. Um conjunto probatório suficientemente apto para ideal elucidação dos pontos controvertidos (quais sejam, o nexos causal e a extensão da incapacidade) é formado pela prova documental, pericial e oral – evidentemente sendo ainda admitidos quaisquer outros meios moralmente legítimos ainda que não especificados no Código Processual¹⁸.

Os processos acidentários, grosso modo, dependem da realização de uma prova pericial oficial. Ocorre que não obstante a relevância da prova documental, em geral há versões antagônicas no processo fornecidas pelo segurado e pelo INSS, fazendo-se assim necessário que um expert da confiança do juízo possa elucidar melhor os pontos controvertidos de ordem técnica. Para tanto é fundamental que as partes litigantes além de apresentarem quesitos, possam nomear peritos assistentes para que se estabeleça produtivo “contraditório técnico”. A participação dos assistentes, de fato, é fundamental para o melhor aproveitamento da prova pericial, devolvendo também legitimidade ao ato solene, desde que haja participação direta e sem restrições indevidas ao trabalho dos assistentes técnicos¹⁹.

A prova técnica deve estar submetida ao contraditório, mesmo que sobre si recaia uma certa “aura” de neutralidade. Vale lembrar, que a redação original do CPC,

¹⁵ OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia. **Acidentes do trabalho e doenças profissionais**. São Paulo: Saraiva, 1988. 3ª ed. p. 259.

¹⁶ BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 138 e ss.

¹⁷ ROCHA, Daniel Machado da.; BALTAZAR JR., José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2011, 10ª ed. p. 389/398

¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, 2ª Ed. p. 155.

¹⁹ Aliás, a prática forense justamente revela que a participação direta do assistente no ato de realização da perícia é tão ou mais importante que a própria pericial juntada aos autos do seu laudo, no prazo legal conferido pelo art. 433 do CPC (dez dias depois da juntada aos autos do laudo do perito oficial).

dispunha que o perito oficial do juízo e os peritos assistentes apresentassem apenas um único laudo, o que passava a falsa impressão de uniformidade e neutralidade da prova pericial, por se tratar de argumento técnico. Ocorre que a prática acabou por mostrar as enormes discrepâncias e as diferentes possibilidades de conclusão que os laudos técnicos podem apresentar, pois, mesmo profissionais especializados, têm distintas opiniões sobre os mesmos fenômenos ou situações descritas nos processos. Assim, a partir da Lei nº 8.455/92 e Lei nº 10.358/01, uma nova redação foi dada ao art. 433 do CPC, determinando a apresentação de laudos em separado. Além disso, os dispositivos legais do CPC, abrem a possibilidade de os peritos complementarem seus laudos com todos os meios probatórios que dispuserem (art. 429, CPC) e, em casos mais complexos, o juiz poderá nomear mais de um perito para avaliar a mesma controvérsia (art. 431-B, CPC).

A perícia oficial é então o grande meio de prova em uma demanda acidentária, o que não significa dizer que necessariamente a conclusão pericial deve ser acolhida sem ressalvas pelo julgador²⁰. Há sempre a exigência de julgamento com base na preponderância de provas, cabendo, inclusive, o afastamento do laudo oficial, desde que se revele isolado no contexto probatório – sendo relevante também, nesse contexto, a utilização das máximas de experiência pelo magistrado (art. 335 do CPC), a fim de que cada prova receba realmente o peso que se conforme à realidade do discutido caso concreto. Há, sob outro prisma, a possibilidade de o juiz autorizar uma segunda perícia, caso em meio à instrução entenda que há fundamentos para crer que os pontos controvertidos não restaram suficientemente solvidos com a primeira perícia (art. 437 do CPC).

Como prova complementar, útil a resolver eventual conflito de versões especialmente quanto ao nexu causal, a prova oral, colhida em audiência, deve ser valorizada. É, na verdade, rica a produção de provas em audiência, sendo oportuno o registro de que, nos moldes do art. 452 do CPC, há uma determinada ordem para a produção dessas provas no ato solene diante do Estado-juiz: primeiro sendo dispostas as provas a serem complementadas em audiência e depois sendo mencionadas as provas que efetivamente devem ser feitas em audiência. Senão vejamos a sequencia prevista em lei: I – o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimento;

²⁰ COSTA, Hertz J. **Acidentes de trabalho na atualidade**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 222/232.

II – o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III – finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu²¹.

Por derradeiro, relevante o registro de que se o segurado possui paralelamente outra demanda envolvendo o mesmo problema de saúde, mas contra diverso réu (a instituição empregadora²² ou mesmo a seguradora privada²³), pode trazer a prova lá colhida (geralmente a perícia) para fins de convencimento do juiz neste processo secundário. Por certo não é o caso de ser acolhida essa prova como emprestada (em sentido estrito), já que não houve identidade de partes, mas seguramente o aludido meio de prova pode ser recebido como prova documental unilateral, a se sujeitar ao crivo do contraditório no processo acidentário – em que o INSS deve imediatamente ser intimado para falar do meio de prova, no prazo de cinco dias (art. 398 do CPC).

Seja como for, a instrução acidentária deve ser profícua, sendo autorizados todos os meios de prova lícitos que podem convencer o julgador a melhor solução da demanda. Cabe às partes tomar todas as medidas para auxiliar o magistrado na busca da verdade material; sendo também possível que o próprio Estado-juiz, como diretor do processo, promova de ofício determinadas medidas tendentes a trazer aos autos o máximo de provas confiáveis para a solução do pleito, conforme expressamente autorizado pelo art. 130, *ab initio*, do CPC, especialmente útil em demandas de Direito Social.

A grande peculiaridade da sentença em demandas acidentárias, já consagrada pela jurisprudência, é a de que a mesma pode conceder benefício diverso daquele requerido na petição inicial, quando a instrução aponta para essa direção. Há aqui clara relativização do princípio dispositivo em sentido próprio, diante da fungibilidade dos quadros clínicos e do cunho de ordem pública que assume o procedimento acidentário.

Como regra geral, a *causa petendi* e o pedido, no sistema jurídico brasileiro, somente podem ser modificados sem o consentimento do réu até o momento da citação, correndo às expensas do autor as custas acrescidas em razão dessa iniciativa (art. 294 CPC); e mesmo com o consentimento deste até o saneamento do processo (art. 264

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2011, 2ª ed. p. 787.

²² GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião. **Indenização por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 66 e ss. ; RUBIN, Fernando. **Processo judicial de reparação de dano em acidente de trabalho (indenizatória acidentária)** in Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária n° 278 (2012): 109/135.

²³ RUBIN, Fernando. **Processo judicial seguro (privado) em razão de acidente de trabalho** in Revista Jurídica (Porto Alegre) n° 405 (2011), p. 79 e ss.

CPC). Sendo possível a modificação, deve-se observar se o réu é ou não revel; se o for, após a inovação, ter-se-á de promover nova citação do demandado (art. 321 CPC).

Por sua vez, encerrada a instrução, o juiz deve prolatar sentença nos limites em que foi proposta, não podendo conceder ou deixar de conceder coisa além (julgamento *ultra petita*) ou diversa (julgamento *extra petita*) daquela requerida, constante expressamente em pedido da peça vestibular. Também como lógico corolário do princípio da demanda (ou dispositivo em sentido material ou próprio) é defeso ao diretor do processo alterar a causa de pedir e o pedido ao longo da tramitação do feito (art. 128 c/c 460, ambos do CPC), podendo tão somente determinar a emenda da exordial, antes de determinar a citação, caso entenda pela existência de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o exame de mérito (art. 284, *caput*, do CPC)²⁴.

No entanto, ingressando a fundo no tema e na forma como lidado na prática forense, é de se observar que a jurisprudência vem excepcionalmente relativizando o teor dos arts. 264, e 128 c/c 460 na hipótese das ações acidentárias. *In casu*, em razão especial da natureza protetiva da matéria, da alterabilidade dos quadros clínicos incapacitantes e da fungibilidade que revestem essas ações (que conferem forte cunho de ordem pública ao procedimento), permite-se a concessão, em sentença, de benefício diferente do postulado na exordial; e/ou possibilita-se que o próprio demandante venha a aditar o pedido, mesmo ultrapassada a fase de saneamento (após a realização de perícia judicial, *v.g.*), e mesmo sem a concordância da parte adversa (INSS).

De fato, a concepção de que em sentença de acidente do trabalho declarará o julgador, de acordo com a integralidade do material probatório coligido aos autos, o direito às prestações acidentárias previstas em lei, independentemente do pedido específico formulado na exordial, está devidamente assentado no nosso Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça – dentre inúmeros outros julgados: TJ/RS – AI n° 70012612826 (10ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. em 18/08/2005) e AI n° 70015140940 (9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. em 04/05/2006); STJ – REsp n° 197794/SC (6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 03/08/2000); e REsp n° 267652/RO (5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 18/03/2003).

Assim, se o procurador do segurado, nos pedidos contidos na petição inicial, requereu tão somente o restabelecimento do benefício provisório auxílio-doença

²⁴ RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 212.

acidentário e a instrução (especialmente a partir do laudo oficial) indicou que o quadro é ou se tornou ainda mais grave, a ponto de ser deferido o benefício máximo, pode o magistrado, em sentença, conceder imediatamente a aposentadoria por invalidez acidentária, não cogitada na peça portal²⁵.

Por tal razão, ganha em relevância nas demandas acidentárias a presença do Ministério Público, como fiscal de lei (art. 82, III do CPC), que deve oferecer parecer final no processo e inclusive indicar para a concessão do benefício que melhor se aproxime dos resultados instrutórios, independentemente do pedido expresso contido na petição inicial.

Por fim, como outra interessante peculiaridade no processo acidentário, temos a possibilidade de utilização pelo julgador, como regra de julgamento, do brocardo *in dubio pro misero*²⁶. Ocorre que muitas vezes o julgador se depara com situação fática de difícil resolução, diante da complexidade do quadro clínico articulado com a imprecisão das informações da perícia oficial chamada para elucidar a questão. Se a parte autora e mesmo o INSS fizeram todos os esforços para esclarecer a questão e mesmo assim o magistrado possui dúvidas, especialmente no que concerne ao nexó causal, crível que se valha do brocardo *in dubio pro misero* e julgue a contenda a favor do hipossuficiente.

Nesse sentido, também vem se manifestando recentemente a mais abalizada jurisprudência pátria²⁷.

²⁵ Exatamente nesse diapasão oportunas as palavras do Juiz Federal José Antônio Savaris, ao consignar que por força especialmente do princípio da fungibilidade, entende-se não incorrer em julgamento extrapetita a decisão judicial que condena o INSS a implantar aposentadoria por invalidez, embora a parte tenha requerido benefício distinto (auxílio-doença ou auxílio-acidente) – SAVARIS, José Antônio. **Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo**. Revista brasileira de direito previdenciário nº 01, Ano 01, 2011: 65/86. Especialmente p. 70.

²⁶ PEDROTTI, Irineu A.; PEDROTTI, Willian A. **Acidentes do trabalho**. São Paulo: LEUD, 2003. 4ª ed. p. 109.

²⁷ Segue paradigmática ementa: “**APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (...)**. Tratando-se de demanda onde postulada a concessão de benefício de natureza acidentária, a competência para o feito é da Justiça Estadual. A aposentadoria por invalidez requer a constatação de incapacidade definitiva e a impossibilidade de reabilitação do segurado para atividade que lhe garanta a subsistência, conforme previsão legal do benefício contida na regra do art. 42 da Lei nº 8.213/91. Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte e do STJ, não apenas os elementos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, mas também aspectos sócio-econômicos, profissionais e culturais do segurado devem ser considerados para fins de concessão da aposentadoria por invalidez. Peculiaridades do caso concreto e análise da situação pessoal do segurado que permitem a concessão do benefício de acordo com o conjunto fático-probatório dos autos. O magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, de acordo os artigos 131 e 436 do CPC. Aplicação do princípio *in dubio pro misero*, que determina a interpretação do conjunto fático-probatório de forma mais favorável ao segurado. **PRELIMINARES REJEITADAS. APELO PROVIDO**”. (Apelação Cível Nº 70040971590, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/05/2011).

VIII. Em razão de todos os eventos e percalços possíveis envolvendo as demandas judiciais propostas pelos segurados em desfavor do INSS, tanto na Justiça Federal como na Justiça Estadual, certo é que se deve buscar resgatar os valores do processo administrativo previdenciário, resolvendo imediatamente um número ímpar de situações.

Há necessidade, para tanto, de preparação técnica dos operadores do direito nessa seara como também investimento no setor para que ande com rapidez e eficiência – inclusive construindo sistema de processo eletrônico administrativo, autorizando que os advogados devidamente credenciados na OAB possam substituir os despachantes, (muitos deles) sem formação técnica apropriada.

Se a via administrativa é, por regra, indispensável para se ingressar posteriormente no Judiciário e se são altos os custos da tramitação de cada demanda judicial, mesmo em rito sumaríssimo, prudente que a via administrativa passe a ser analisada com mais cuidado, sendo formatado processo interno no INSS que funcione bem e que preserve todas as garantias constitucionais indispensáveis – como o contraditório e a ampla defesa, a publicidade e a motivação suficiente das decisões monocráticas e colegiadas²⁸.

Na esfera administrativa a demora e a falta de suficiente fundamentação para a negativa do pleito do segurado dá-se especialmente diante da interposição de recursos às instâncias superiores, cujo controle está a cargo do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). Ocorre que nesses casos o beneficiário aguarda por prazo indeterminado e sem muita segurança jurídica resposta da Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS) e da Câmara de Julgamentos (CAJ)²⁹ – cenário que exige urgente aperfeiçoamento.

Outra questão, nesse ambiente, que merece maior atenção circunscreve-se ao aproveitamento adequado da denominada “Justificação Administrativa” – procedimento interno tendente a fazer prova de circunstâncias alegadas especialmente pelo segurado ou dependente, notadamente envolvendo prova oral, como averbação de tempo rural (para contagem de tempo de contribuição) e comprovação de união estável (para percepção de pensão por morte).

²⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários às súmulas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011, p. 208.

²⁹ MASSAYUKI TSUTIYA, Augusto. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2011, 3 edição. p. 411.

O processo de Justificação Administrativa (JA) é geralmente parte de um processo antecedente, onde se tenha constatado a insuficiência de prova documental para concessão do pleito³⁰. Há casos em que em meio à tramitação do feito, o Juízo Federal percebe que não fora adequada (ou mesmo realizada) a Justificação Administrativa, determinando a suspensão do processo enquanto não perfectibilizada a etapa na via administrativa – medida com a qual não concordamos, já que se iniciada a etapa judicial (e resistida a lide), todo e qualquer meio de prova lícito (documental, pericial, oral) deve ser feito dentro do processo, em nome da organização e mesmo em nome da celeridade procedimental.

Especialmente em relação aos benefícios por incapacidade, previdenciários e acidentários, há um problema tópico a ser desenvolvido na via administrativa, relacionada à qualidade da perícia interna no INSS. O requerimento de benefício por incapacidade deve ser feito junto à agência do INSS, sendo comum que o empregador tenha estrutura interna capaz de intermediar a relação segurado – órgão previdenciário, auxiliando nesse primeiro contato com a autarquia federal para fins de afastamento do trabalhador por prazo indeterminado do ambiente de trabalho.

Por certo, não é possível qualquer participação do Poder Judiciário em estágio anterior à negativa de benefício na via administrativa, devendo ser oportunizado que perícia, a cargo dos médicos do INSS, avaliem primeiramente a condição de saúde do trabalhador e se manifestem sobre os dois grandes objetos de questionamento: a extensão da incapacidade contemporânea (concluindo se o segurado está ou não inapto para o trabalho ao tempo da perícia) e o nexos causal (concluindo se o problema de saúde está ou não realmente vinculado ao trabalho). A partir daí, existindo inconformidade do segurado com a decisão administrativa tomada, poder-se-ia admitir o ingresso na via judicial para discussão de lesão a direito (art. 5º, XXXV CF/88), mesmo sem o exaurimento das instâncias recursais administrativas (Súmula 89 STJ³¹).

Entendemos que justamente por ser importante e complexo esse ato de avaliação pericial, o mesmo deveria ser feito de maneira mais cuidadosa pela autarquia federal, com número condizente de experts autárquicos e extrema qualificação dos mesmos – o que garantiria um nível de acerto nos diagnósticos muito maior do que temos hoje. Vê-se então que já estamos aqui nos afastando dos problemas meramente

³⁰ VILELA VIANNA, Cláudia Salles. **Previdência Social – Custeio e benefícios**. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2008. p. 548.

³¹ STJ Súmula nº 89 - 21/10/1993 - DJ 26.10.1993. Ação Acidentária - Via Administrativa: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”.

procedimentais, para ingressarmos em problemas de estrutura orçamentária e estratégica de atuação da Previdência Social no Brasil, o que inegavelmente é ponto ainda bastante precário.

4. Procedimentos judiciais no direito do trabalho, no direito consumidor e na previdência privada

IX. No específico âmbito processual trabalhista, o princípio da proteção significa a presença, principalmente na legislação, de previsões que procuram conferir tratamento mais favorável à parte mais vulnerável da relação processual, ou seja, o empregado³².

Há, pois, inegavelmente, aproximação forte desse campo de Direito Social com o previdenciário. Tem-se, inclusive, que o princípio da proteção, como mais relevante princípio do campo laboral³³, aplica-se ao direito material do trabalho (forjando rígida interpretação do art. 9º da CLT³⁴) e também ao direito processual do trabalho (construindo exigência de significativo depósito recursal tão somente por parte da empresa reclamada³⁵).

Tratando do princípio da proteção, necessário abrimos um parêntese para comentarmos algumas linhas a respeito da *prescrição ex officio*. Ocorre que o entendimento tradicional dos limites no reconhecimento da prescrição (a exigir prévia e expressa manifestação do réu no interesse do seu reconhecimento) teve grande ápice justamente no campo do direito do trabalho, já que a prescrição (sempre) é reconhecida em desfavor da parte hipossuficiente (empregado). Falando em tradição histórica da prescrição no nosso ordenamento, é cediço que a prescrição sempre fora enfrentada como matéria de defesa e elencada como questão de mérito, devendo ser invocada pelo réu com a contestação, sob pena de se tornar preclusa a arguição³⁶.

A partir da alteração da temática prescricional pelo art. 219, § 5º do CPC, a primeira exegese desenvolvida pela doutrina foi a de que a regra da declaração de ofício

³² BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 47.

³³ SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. **Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 15.

³⁴ Art. 9º CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

³⁵ A última tabela do TST, em 2012, previa depósito de R\$ 6.598,21 para apresentar recurso na segunda instância (ordinário) e para recorrer contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) de R\$ 13.196,42 (recurso de revista, embargos, recurso extraordinário e recurso em ação rescisória).

³⁶ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **A prescrição e os princípios da eventualidade e da efetividade** in Repertório IOB de Jurisprudência nº 40 (1993): 185/186.

da prescrição é plenamente aplicável ao processo do trabalho, uma vez que o diploma trabalhista consolidado é omissivo e não há qualquer incompatibilidade entre este diploma e o Código de Processo Civil³⁷. Em semelhante direção, também foi destacado que é “inevitável” a aplicação do art. 219, § 5º do CPC no processo trabalhista, sendo que as argumentações em sentido contrário, na verdade, estão a discordar do próprio Direito objetivo ora em vigor, situando-se assim no plano da crítica ao Direito legislado³⁸.

No entanto, é de se registrar que o tema prescricional, nos estritos limites da esfera laboral, não parece ser tão simples. Ocorre que sob diversa perspectiva, possível se observar que, no âmbito do processo laboral, a decretação da prescrição virá sempre em prol do empregador; será uma vantagem diretamente vinculada à parte mais forte do conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional – logo, parece razoável que seu reconhecimento de ofício pelo magistrado irá colidir, de forma impostergável, com o princípio de proteção³⁹.

Justamente ao encontro desse último entendimento, vem defendendo mais recentemente o TST que não se mostra compatível com o processo do trabalho a nova regra processual inserida no art. 219, § 5º, do CPC, que determina a aplicação da prescrição, de ofício, em face da natureza alimentar dos créditos trabalhistas: “Há argumentos contrários à compatibilidade do novo dispositivo com a ordem justralhista (arts. 8º. e 769 da CLT). É que, ao determinar a atuação judicial em franco desfavor dos direitos sociais laborativos, a novel regra civilista entraria em choque com vários princípios constitucionais, como da valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção”⁴⁰.

Portanto, embora ainda a questão não esteja devidamente cristalizada na Justiça do Trabalho, há evidente tendência atual de desconsideração, nesse especializado procedimento, da inovação legal inserida no art. 219, § 5º, do CPC –

³⁷ STUCHI, Victor Hugo Nazário. **A Prescrição e sua decretação de ofício** na Justiça do Trabalho in Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009. P. 82/91. Especialmente p. 90.

³⁸ BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma jurídica em vigor** in Revista de Processo nº 145 (2007): 163/172. Especialmente p. 167.

³⁹ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **O novo § 5º do art. 219 do CPC e o processo do trabalho** in Rev. TST, Brasília, vol. 72, nº 2, maio/ago 2006. p. 67/71. Especialmente p. 69.

⁴⁰ Ementa do julgado: “*RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. NATUREZA ALIMENTAR DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO*”. (NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 86000/2008-0031-23 ..DIG_TXT: 65-0 PUBLICAÇÃO: DJ - 16/04/2010 – extraído do site <http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?pagina=1&idarea=1&idmodelo=19886>, acesso em 27/08/2011).

sendo sedimentado pelo TST que a prescrição continua sendo matéria de defesa do réu, sujeita ao regime preclusivo, não podendo as Superiores Instâncias dela tratar, caso a questão não tenha sido invocada pelo réu na origem ou já tenha sido solucionada em decisão da origem não mais passível de recurso⁴¹.

X. Indo em frente. Tendo em vista a relevância do crédito trabalhista, de natureza alimentar (como o benefício previdenciário), há necessidade de que o processo do trabalho garanta a proteção do trabalhador mas também que seja célere, simples, concentrado e eminentemente oral⁴². O processo eletrônico tende, nesse diapasão, a desenvolver tais aspectos em favor da parte autora hipossuficiente, existindo já forte incremento de Projetos-piloto – aproximando a realidade dos processos não físicos da Justiça do Trabalho com a pioneira Justiça Federal.

Por fim, no campo acidentário (demandas indenizatórias propostas pelo empregado em desfavor do empregador), com a competência estabelecida pela EC 45/2004, vem-se desenvolvendo em maior tom a possibilidade de inversão do ônus da prova – não se cumprindo fielmente as disposições contidas no art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC⁴³ ou mesmo admitindo-se a condenação da empresa sem prova de culpa, bastando tão somente, nesse último caso, que se comprove o risco da atividade empresarial – medidas essas inovadoras que claramente se colocam no campo processual a favor do trabalhador⁴⁴.

⁴¹ RUBIN, Fernando. **A aplicação processual do instituto da prescrição** in Revista Dialética de Direito Processual nº 105 (2011): 9/25.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. 22 edição. p. 72/77.

⁴³ Conforme as pesquisas realizadas junto ao TRT da 4ª Região tem-se realmente que não vem mais sendo acolhida rigidamente as disposições clássicas de processo referentes ao ônus da prova (“a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”), mesmo nos típicos feitos trabalhistas, ganhando espaço o “princípio da aptidão para prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova”, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que a ela possui mais fácil acesso – nos termos da seguinte ementa: “FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Seguindo a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, que revisou e cancelou, por meio da Resolução 175/2011, a OJ nº 301 da SDI-I, adota-se, a partir de então, o entendimento de que é do empregador o ônus da prova da regularidade dos depósitos do FGTS, independentemente de o empregado delimitar o período no qual não teria havido o correto recolhimento. Este posicionamento se mostra em consonância com o princípio da aptidão para prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que a ela possui mais fácil acesso. Assim, não tendo a empregadora se desincumbido do ônus probatório quanto à correção dos recolhimentos ao FGTS, prevalece a versão da inicial quanto à existência de diferenças a tal título. Recurso do reclamante provido para condenar a reclamada a efetuar os depósitos das diferenças de FGTS de todo o período contratual, autorizada a comprovação, na fase de liquidação, quanto aos valores já adimplidos pela ré para o seu abatimento”. (Acórdão do processo 0000011-08.2011.5.04.0131 (RO) (Redator: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO Participam: MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO, MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA Data: 15/08/2012 Origem: Vara do Trabalho de Arroio Grande).

⁴⁴ GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2010, 5 edição. p. 240 e ss.

XI. A inversão do ônus da prova, aliás, é novel matéria que se consolidou especialmente a partir da redação do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Ali encontra-se expresso que são direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Sem dúvida é mais uma disposição clara em favor da parte autora hipossuficiente, de natureza eminentemente processual. Sim, porque em geral o CDC é recheado de (oportunas) disposições favoráveis ao consumidor no campo do direito material (como o art. 51 a tratar da interpretação das cláusulas abusivas), sendo que é do nosso interesse ao longo deste ensaio dar ênfase as medidas protetivas de cunho processual.

Se no direito laboral se fala precipuamente no princípio da proteção, aqui se fala em “hipossuficiente” e “vulnerável” – sendo que é justamente aludido pela doutrina especializada que são essas deficiências do consumidor a espinha dorsal da proteção montada no CDC⁴⁵. Embora sejam conceitos próximos, em tese vem sendo fixado que “vulnerável” é conceito de direito material e geral, ou seja, atinge a todos; “hipossuficiente” é conceito de direito processual e particularizado, o qual enseja, no CDC, o direito à inversão do ônus da prova⁴⁶.

O art. 6º, VIII trata então diretamente do conceito de “hipossuficiente”, consumidor que, no caso sub judice, precisa ter o devido respaldo do Estado-juiz, ao qual cabe devolver equilíbrio às partes litigantes, em desigualdade das mais diversas ordens. De fato, se de um lado todos reconhecem que o consumidor, em face de uma situação litigiosa, acha-se inferiorizado diante do fornecedor, de outro tem-se de aceitar a inversão do ônus da prova como meio de pôr em equilíbrio a posição das partes no conflito⁴⁷.

XII. A referida necessidade de intervenção judicial, muito presente no processo consumeirista, diga-se de passagem, surge precipuamente da tomada de consciência da insuficiência das partes e seus procuradores, por si só, serem agentes hábeis a conduzir, a contento, o processo em busca da verdade e da justiça; cabendo,

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

⁴⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor – parte geral**. Porto Alegre; Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. p. 41.

⁴⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo, LTr., 1998, p. 169.

pois, ao órgão judicial auxiliar nesta senda, tratando de equilibrar o jogo, em face de desigualdades sociais/econômicas/técnicas comumente presentes entre os contendores – conjectura que passou a exigir, em suma, algo mais do que a igualdade formal proporcionada pelo modelo processual liberal.⁴⁸ O Estado-juiz, nesse contexto atual, passaria, na verdade, a deixar de ser imparcial, se assistisse inerte, como um expectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais.⁴⁹

Tal exigência moderna de suplementação de um modelo de atuação passiva do Estado-juiz na instrução processual orienta então o julgador a buscar a verdade independente da preclusão para as partes em matéria de prova – valendo-se de todos os meios probatórios lícitos e legítimos, típicos ou atípicos.⁵⁰

Registre-se ainda que esse fenômeno do ativismo judicial foi sentido nos grandes sistemas processuais modernos, não só no sistema romano-germânico,⁵¹ mas também na *Common Law*: na Inglaterra, a partir de novos paradigmas estabelecidos pela jurisprudência desde meados da década de 80, passou-se a se exigir participação ativa do juiz na composição das provas a formar o *trial*, inclusive mediante oficiosa intervenção no *pre-trial*;⁵² e sendo analisados os avanços do processo americano das últimas décadas, identifica-se que especialmente o *processo estrutural* (envolvendo demandas coletivas e demandas individuais que podem atingir um número significativo de cidadãos em situação de direito semelhante) introduziu razões para o abandono de uma postura judicial puramente passiva, fazendo com que a confiança exclusiva na iniciativa das partes se tornasse insustentável.⁵³

De fato, embora a regra tradicional seja a de que o juiz deva decidir segundo o alegado e provado pelas partes – *iudex secundum allegata et probata partium indicare debet*, o princípio dispositivo, ao longo da evolução do direito processual brasileiro

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas** in O processo Civil Contemporâneo. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994, p. 14.

⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime do agravo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996, p. 313/314.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milão: Giuffrè, Primeira Parte, 1962, p. 270/286; VERDE, Giovanni. **La prova nel processo civile (profili di teoria generale)** in Rivista di diritto processuale n° 1 (1998): 1/25, anno LIII, seconda serie; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 157.

⁵¹ MILLAR, Robert Wyness. **Los principios informativos del proceso civil**, trad. por Catalina Grossmann. Buenos Aires, p. 85/91.

⁵² JOLOWICZ, J. A. **A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao 'adversary sistem'**, Trad. por J. C. Barbosa Moreira, in Revista de Processo n° 75 (1994): 64/75.

⁵³ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação de trad. por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 50, 74/75, 81, 86/87.

(seguindo o fluxo mundial⁵⁴), sofreu sensíveis restrições, consolidando-se que o juiz pode determinar as diligências necessárias à instrução do processo; sendo então absoluto somente no tocante à afirmação dos fatos em que se funda o pedido, no que o juiz depende inteiramente das partes – *iudex secundum allegata partium indicare debet*.⁵⁵

XIII. No específico campo dos contratos de seguro envolvendo incapacidade, inclusive de ordem acidentária, há entendimento jurisprudencial interessante que vem sendo confirmado em favor da parte autora hipossuficiente. É o nosso registro derradeiro no ponto – a tratar da (des)necessidade de produção de provas periciais ou orais no processo securitário.

Ocorre que se o segurado exige o prêmio a partir de benefício definitivo concedido pelo órgão previdenciário – na via administrativa ou mesmo judicial – não parece crível se exigir do segurado que passe por longa fase instrutória, a fim de fazer prova de situação clínica já devidamente assentada.

Tal postura pode ser coibida judicialmente com base no art. 130, *in fine* do CPC, o qual autoriza o indeferimento de meios de prova desnecessários ao deslinde da causa e que trazem conseqüentemente prejuízo direto à celeridade processual.

Se o trabalhador já foi aposentado por invalidez pelo INSS, após inúmeras perícias administrativas perante mais de um perito autárquico – ou mesmo teve garantido o benefício máximo após processo acidentário em que foi submetido à avaliação de um *expert* oficial da confiança do Juízo (além de serem compulsados outros meios de prova, como o documental e o oral), por qual razão deve ser produzida prova pericial em ulterior ação securitária? Acreditamos aqui que o feito pode ser julgamento de maneira antecipada, após devida formação de contraditório em fase postulatória, tudo de acordo com o art. 330, I do CPC.

Entendimento diverso, que vai no sentido de que o “juiz é destinatário da prova” e pode requerer a providência probatória que bem entender, não parece ser a alternativa mais acertada (Agravo de Instrumento Nº 70009280819, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 22/07/2004). Mesmo porque, com o devido respeito ao entendimento diverso,

⁵⁴ HABSCHEID, Walther J. **As bases do direito processual civil**. Trad. por Arruda Alvin in Revista de Processo nº 11-12 (1978): 117/145; SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1950, p. 119.

⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 11ª ed. São Paulo: RT, 1987. Vol. 2, p. 78/79.

entendemos que não é o juiz o destinatário da prova, e sim todos os integrantes da relação jurídica processual (Juízo e partes litigantes) – devendo ser produzido o meio probante realmente relevante para a solução do conflito, não sendo crível a produção de prova pericial ou mesmo oral que se mostre custosa e protelatória.

XIV. A mais nova matéria dentro do campo do Direito Social seria a da previdência privada.

Trata-se de campo novo, que possui a sua autonomia, mas que guarda vínculo muito próximo com a previdência pública, o direito do trabalho e mesmo o direito do consumidor.

Ocorre que aquele trabalhador (celetista), segurado da Previdência Social, que objetivar manter um suficiente padrão (financeiro) ao tempo da aposentadoria, deverá buscar a formação de uma previdência complementar (à pública) – especialmente, então, aquela gama de segurados que recebem acima do teto do Regime Geral⁵⁶.

Em relação ao direito laboral, tem-se que os fundos fechados são organizados (patrocinados) justamente pelas empresas, interessadas em manter alto padrão de funcionários, além de vantagens de ordem econômica e fiscal com a implementação de medida vantajosa a um determinado significativo grupo de empregados.

Temos aqui, pois, o campo da previdência complementar à pública, de natureza contratual e facultativa, nos termos do art. 202 CF c/c Lei Complementar 109/2001⁵⁷. Essa questão da contratualidade inegavelmente aproxima a previdência privada do campo securitário, ainda mais se a espécie de previdência supletiva for do tipo “aberta” – em que há maior liberdade de escolha do produto contratado junto à pessoa jurídica, com fins lucrativos, sujeita às regras de mercado (regime diverso do “fechado” a determinado grupo de empregados vinculados a uma empresa patrocinadora).

Desenvolvida então em razão da existência de um teto para benefícios pagos pela previdência pública, a previdência privada se subdivide em Entidade Fechada

⁵⁶ Os últimos dados da Previdência Social, em 2012, apontam para o teto do Regime Geral (RGPS) em valores um pouco abaixo de quatro mil reais – R\$ 3.916,20.

⁵⁷ BALERA, Wagner – organizador. **Comentários à lei de previdência privada: LC 109/2001**. São Paulo: Quartier Latin, 2005; CORREIRA, VILLELA, José Corrêa – organizador. **Previdência privada: doutrina e comentários à lei complementar n. 109/01**. São Paulo: LTr, 2004; BRASIL. **Fundos de pensão: coletânea de normas**. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2010; ARRUDA. Maria da Glória Chagas. **A previdência privada aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr., 2004, p. 55.

Previdência Privada (EFPP) – Fundos de Pensão (como a PETROS – da Petrobrás, PREVI – do Banco do Brasil, FUNCEF – da CEF); e Entidade Aberta Previdência Privada (EAPP) – Sociedade Anônima (bancos e seguradoras).

Tal cenário, no país, é recente já que foi tão somente a partir da Lei 6.435/77 que foram instituídos esses dois sistemas de previdência supletiva no Brasil. A previdência fechada tem como órgão normativo o Conselho de Previdência Complementar e como órgão executivo a Secretaria de Previdência Complementar; já a previdência aberta tem como órgão normativo o Conselho Nacional de Seguros Privados e como órgão executivo a Superintendência de Seguros Privados⁵⁸.

Os problemas judiciais decorrentes da relação jurídica entre segurado e previdência complementar são, por isso, novos, inúmeros e vão seguir exigindo da magistratura cuidados e eventuais respaldos de ordem processual à parte autora hipossuficiente⁵⁹, inclusive a inversão do ônus probante – além de garantias, no campo do direito material, de exegese do contrato (muitos de adesão) firmado em lógica próxima àquela feita no campo consumeirista.

É de se alertar, nesse cenário, em demandas individuais, que geralmente o autor será pessoa idosa, aposentado sem o devido domínio da técnica matéria vergastada (v.g., revisão de benefício complementar), sendo que caberá ao Estado-juiz realizar aquele debatido equilíbrio de forças na guerra ritualizada, nessa hipótese de demanda individual – inclusive atentando-se para o fato de a entidade de previdência privada ré apresentar os principais (se não todos) os documentos pertinentes ao julgamento da causa que estejam em seu exclusivo poder.

Essa é ainda, de qualquer forma, a matéria de Direito Social menos debatida (embora nada singela), situação que deve modificar em razão de um número cada vez maior de brasileiros afetados – inclusive pela real possibilidade de, em tempo diminuto, ser integralmente efetivado o ingresso na previdência complementar dos servidores públicos federais.

⁵⁸ PÓVOAS, Manuel Soares. **Seguro e Previdência: na rota das instituições do bem-estar**. São Paulo: Green Forest, 2000. p. 260/261.

⁵⁹ PEREIRA DA COSTA, Maria Isabel; PEREIRA DA COSTA, Luciana. **A responsabilidade ética do Poder Público e a Previdência Social** in *Ética e a Previdência Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105/135.

5. Teoria geral de procedimentos em Direito Social, defesa da parte hipossuficiente e resguardo à produção da prova

XV. Desenvolvidas as peculiaridades principais dos procedimentos (de Direito Social) previdenciário/acidentário, trabalhista e consumeirista, importante que cogitemos de pontos procedimentais que poderiam ser utilizados de maneira comum. Retomando, previamente, que o processo previdenciário geralmente tramita no rito sumaríssimo da Justiça Federal, sendo que as demandas trabalhistas e consumeiristas, embora possam tramitar nesse rito (respectivamente na Justiça do Trabalho e na Justiça Estadual), em geral seguem o rito comum ordinário – o qual também é utilizado pela parte autora hipossuficiente nas demandas acidentárias em desfavor do INSS (cuja competência é da Justiça Estadual).

Reconhecendo essa viável pluralidade de procedimentos, o jurista austríaco Hans Schima defendeu a possibilidade de construção de uma *Teoria Geral dos Procedimentos*, a determinar quais os problemas são comuns a eles e de que maneira então poderiam ser enfrentados; criando-se uma identidade viável de temas jurídicos empregados; e ainda um consenso em relação à via comum que todos os procedimentos deveriam percorrer.⁶⁰

No sistema pátrio, visualiza-se, além do rito comum ordinário (art. 282 e ss. do CPC), o rito comum sumário (art. 275/281 do CPC), o rito sumaríssimo (Lei n° 9.099/95 e Lei n° 10.259/01), além de ritos especiais (regulado em legislação extravagante e também no CPC) – levando-se em consideração determinados critérios, como a matéria controvertida, as partes envolvidas e o valor da causa arbitrado inicialmente.

Dos ritos sobreditos, necessário observar que o sistema pensado por Alfredo Buzaid só não previa o rito dos Juizados Especiais, aqui denominado de “sumaríssimo”. Para o organizador do CPC de 1973, o rito sumaríssimo seria aquele previsto nos arts. 275/281 (conforme sua exposição de motivos, Capítulo VI), o qual deveria durar em média não mais do que dois meses. Não emplacando o modelo na prática forense devido sucesso, foi necessário se pensar em rito mais célere e desburocratizado (o desenvolvido pela Lei n° 9.099/95 e pela Lei n° 10.259/01 – respectivamente para a Justiça Estadual e

⁶⁰ SCHIMA, Hans. **Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti**. Trad. por Tito Carnacini in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n° 7 (1953): 757/772.

Justiça Federal), relegando-se para segundo plano o rito sumário, hoje quase em desuso.⁶¹

Tal constatação é realmente relevante porque as diferenças orgânicas dos procedimentos (em número de fases e duração de cada uma delas) determinarão, diante do caso concreto, lapso temporal maior ou menor da demanda, complexidade maior ou menor desta, desenvolvimento em maior ou menor grau da concentração e da oralidade no processo – sendo o fenômeno preclusivo sempre sensível a esses importantes aspectos, tudo a importar em uma consequente maior ou menor aplicação de seus préstimos⁶².

Levando, pois, em consideração as lições da doutrina estrangeira, temos como viável ao menos cogitarmos, pelo que até aqui foi exposto, de uma *Teoria Geral de Procedimentos em Direito Social*, a partir da investigação e consolidação de alguns avanços, notadamente jurisprudenciais, em defesa da parte autora hipossuficiente (segurados/acidentados/trabalhadores/consumidores).

Nesse sentido, temos que não seria abusiva, a título ilustrativo, ser determinada a inversão do ônus de provar em toda a demanda envolvendo Direito Social, sendo amplamente relativizada as disposições de regra de julgamento constantes no art. 333 do CPC. Por outro lado, caberia ser estendida para todos os procedimentos em Direito Social a exigência de juntada pela parte demandada de todos os documentos úteis à elucidação da causa, independentemente se são benéficos ou não aos seus restritos interesses; como também poderia ser cogitada a possibilidade de aplicação maior do brocardo *in dubio pro misero*, como modelo de constatação da verdade menos rígido nas demandas em Direito Social, na hipótese de existir dúvida razoável sobre a viabilidade do pleito.

Ademais, tema correlato, temos que aqui há campo fértil para, em defesa da parte hipossuficiente, ser incrementada a preocupação judicial com o resguardo à produção de provas. Ocorre que esses conflitos judiciais em desfavor do INSS, fundos de previdência complementar, empregadores e seguradoras geralmente envolvem matéria fática densa, que precisa ser muito bem explicitada, mesmo que corramos o risco de eventual limitação ao direito de termos um processo célere.

⁶¹ BUZAID, Alfredo. **Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro** in Estudos e pareceres de direito processual civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002, p. 31/48.

⁶² RUBIN, Fernando. **A prevalência da justiça estatal e a importância do fenômeno preclusivo** in Revista Dialética de Direito Processual n° 110 (2012): 49/69.

Extrai-se inegavelmente da CF/88, a máxima de que a prova é algo fundamental para o processo, que não é algo acessório, que não pode ser simplesmente indeferido pelo magistrado sem maiores repercussões. Se é bem verdade que há disposição expressa a respeito do macro princípio da “efetividade”, conforme preconiza o novel inciso LXXVIII do art. 5º, há dispositivos constitucionais – embora menos explícitos – que se colocam mais propriamente a favor da prova, voltados ao macro princípio da “segurança jurídica”⁶³, no sentido de garantia de aproximação do juiz da verdade no caso concreto⁶⁴.

Dentre os fundamentos constitucionais do direito prioritário à prova, podemos elencar: art. 5º, XXXV: acesso (adequado) ao judiciário; art. 5º, LIV: devido processo legal (processo justo); art. 5º, LV: contraditório e ampla defesa (com os meios de prova inerentes); art. 5º, LVI: provas lícitas (processo que aceita número amplo de provas lícitas).

Tais dispositivos – relevantíssimos dentro do contexto processo-constitucional⁶⁵ – podem (devem) ser interpretados articuladamente a fim de que o procedimento judicial em Direito Social seja não só célere, mas também qualificado – o que, diante do nosso objeto de investigação, é obtido por meio de não limitação excessiva do direito de provar. Nesse diapasão, a doutrina especializada destaca que embora o direito à prova não seja absoluto (como nenhum direito pode desta forma ser concebido), deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual⁶⁶.

Tal constatação autoriza, sem dúvidas, a possibilidade de analisarmos as repercussões infraconstitucionais desse conceito de direito prioritário à prova, a partir da releitura de alguns importantes artigos do CPC à luz desse conjunto de garantias constitucionais à prova⁶⁷.

Assim, embora deva ter a parte autora hipossuficiente, na busca de um Direito Social, a garantia do devido processo legal (mesmo em procedimento administrativo), certo que ao menos sendo plenamente beneficiada no processo judicial

⁶³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo** in Revista de Processo n° 137 (2006):7/31.

⁶⁴ RUBIN, Fernando. **Preclusão processual Versus Segurança jurídica: possibilidades práticas de aplicação minorada da técnica preclusiva na instrução** in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.97, p.25-36, 2011.

⁶⁵ SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 35.

⁶⁷ RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade** in Revista Dialética de Direito Processual n° 118 (2013): 20/39.

com a inversão do ônus de provar, a juntada pela parte contrária de todos os documentos úteis à elucidação da causa e ainda sendo determinados efetivos esforços pelo Estado-juiz no sentido de acatar e mesmo produzir *ex officio* provas que venha a aproximá-lo da realidade a ser apreciada, melhor decisão de mérito há de ser proferida, o que é vital inclusive em razão dos efeitos prospectivos⁶⁸ que tais demandas individuais podem representar para outros cidadãos em situação semelhante/próxima àquela judicializada.

6. Considerações finais

XVI. As propedêuticas reflexões aqui lançadas partem do claro intuito de analisarmos os procedimentos judiciais de forma mais global, *identificando similitudes que podem ser desenvolvidas a partir dos permissivos legais já fixados*: como o aproveitamento máximo dos meios de provas lícitos no caso concreto, bem como a tramitação do feito com duração razoável – sem que se perca a qualidade nas decisões de mérito, nessas demandas de Direito Social envolvendo caráter alimentar.

Também, as linhas aqui lançadas devem encorajar os interessados, *incentivando o exame de outras similitudes, já esparsamente tratadas pela jurisprudência e doutrina especializada e que podem ser melhor sistematizadas por meio de alteração legislativa*: como uma regulamentação geral de inversão do ônus da prova (como já vem se sucedendo no direito do consumidor e trabalhista) e exigência de juntada pela parte demandada de todos os documentos úteis à elucidação da causa, independentemente se são benéficos ou não aos seus restritos interesses (como já vem se sucedendo no direito previdenciário), bem como a aplicação do brocardo *in dubio pro misero*, como modelo de constatação da verdade menos rígido, favorável aos interesses da parte autora hipossuficiente (como já vem se sucedendo no direito acidentário).

Os estudos e as experiências até aqui trocadas – nas áreas previdenciária/acidentária, trabalhista e consumeirista – indicam que muito ainda pode ser feito no resguardo dessa grande gama de cidadãos que procuram individualmente o Poder Judiciário, sendo necessário que as pesquisas na análise articulada de institutos afins e especialmente a preocupação com a efetivação de legítimos direitos sociais esteja bem presente, especialmente entre aqueles operadores do Direito que tratam desses relevantíssimos temas na prática forense.

⁶⁸ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 63/70, especialmente.