

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [S.d.].

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

## ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A PROVA MATERIAL PREVIDENCIÁRIA

**José Antonio Savaris**

<sup>1</sup> Juiz Federal da 1ª Vara do Juizado Especial Federal Previdenciário de Curitiba, Mestre em Direito Econômico e Social. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Previdenciário das Faculdades Integradas Curitiba. Professor de Direito Previdenciário da ESMAFE-PR.

SUMÁRIO: 1. A título de introdução. 2. O universo particular da prática previdenciária como justificacão para a exigência de prova material. 3. O trato da matéria pela doutrina previdenciária. 4. Prova Material na categorização das espécies probatórias. 5. A Prova Material. 5.1 Prova material. Eficácia probante. 6. Considerações finais. 7. Referências.

### **1. A título de introdução**

Medir a importância do direito à prova em matéria previdenciária pressupõe duas elementares observações.

Primeira, 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.

Segunda observação: a atribuição de um direito previdenciário pressupõe laboriosa tarefa de exame de fatos, bastando referir que a imensa maioria das ações em que se pretende a concessão de uma prestação previdenciária veicula discussão de natureza fática: a incapacidade, a preexistência da incapacidade, o agravamento da lesão incapacitante, o tempo do início da incapacidade, sua persistência, sua cessação. 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. A dependência econômica dos genitores, a composição familiar, a união estável, a invalidez do filho com mais de 21 anos. 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 rurícola, 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.

Ação previdenciária é então sinal de exame de prova. E a carga emocional de um processo previdenciário é manifesta. Isso porque “índole alimentar”, “mínimo social”, “dignidade da pessoa humana”, “proteção ao idoso e ao portador de deficiência”, “trabalhadores rurais”, cidadãos de segunda categoria, viúvas e menores desprotegidos, mulheres e homens sem acesso às mínimas manifestações de bem-estar social, são noções e apreensões que rondam o dia-a-dia do processo previdenciário e reclamam efetividade, concretude de direitos e um basta à espera indefinida pela satisfação de um direito constitucional fundamental (direito à segurança social).

Ação previdenciária é prova e nela a hipossuficiência da parte, a eventual ausência de advogado constituído 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.

Se, como destaca CAMBI, “as linhas da reforma do processo civil estão voltadas a minimização dos efeitos do princípio dispositivo, retomando a preocupação publicista pela descoberta da verdade e, por isso, preocupada em, por exemplo, superar a enumeração taxativa dos meios de prova, pela consagração do princípio da atipicidade; aumentar os poderes instrutórios exercitáveis de ofício elo juiz; e abandonar os efeitos probatórios vinculantes inerentes ao sistema da prova legal”, com mais razão no domínio previdenciário, o juiz não deve representar uma figura inerte diante do conflito de interesses.<sup>1</sup>

A relevante temática da prova em direito previdenciário talvez apresente seu ponto crucial na comprovação do tempo de serviço ou contribuição e, mais especificamente, na comprovação do desempenho de uma atividade remunerada abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS.<sup>2</sup>

Isso porque a existência de filiação à Previdência Social, o cumprimento de indispensável requisito para obtenção de qualquer prestação

<sup>1</sup> (CAMBI, E., **Direito constitucional à prova no processo civil**; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 86).

<sup>2</sup> “Indubitavelmente, a questão mais delicada no que concerne ao tempo de serviço diz respeito a sua prova” (ROCHA, D. M. e BALTAZAR JUNIOR, J. P., **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 229).

previdenciária e mesmo a qualidade de segurado obrigatório faz pressupor a comprovação do exercício de uma atividade profissional objeto do campo de aplicação da Previdência Social.

A demonstração de tal fato, segundo a conhecida regra de prova contida no art. 55, §3º, da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS), não pode ser feita mediante prova exclusivamente testemunhal, impondo-se a apresentação de um início de prova material, exceto nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Nada obstante a declarada saliência do estudo da prova material para o direito previdenciário – especificamente para a comprovação do tempo de serviço ou contribuição –, percebe-se ainda hoje, vencidos mais de quarenta anos da instituição dessa condicionante pelo Decreto-Lei 66/66, uma certa inconsistência quanto ao significado do que se tem por prova material, sua justificação e possibilidades.

O presente trabalho visa trazer algumas luzes da teoria da prova sobre tema de reconhecido valor, buscando estreitar a comunicação da prática previdenciária ao complexo campo do estudo das provas.

Se o texto servir para a compreensão do que se tem por prova material, se causar algum tipo de reflexão sobre a prática judicial do direito previdenciário, ou se instigar o leitor a avançar seus estudos previdenciários em outros campos do saber jurídico, o objetivo terá sido alcançado.

## **2. O universo particular da prática previdenciária como justificação para a exigência de prova material**

Operar o direito previdenciário é aplicar-se a um vastíssimo universo de presunções, possibilidades, conjecturas e construções que jamais se pode afirmar acabadas.

Na análise administrativa de um pedido de benefício previdenciário, as possibilidades de contra-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, mais das vezes, em verificar a (in) consistência da prova apresentada pelo segurado.

Sem real possibilidade de dedicar-se à busca de provas, exposta a manobras fraudulentas e ainda com a sujeição de seus servidores a eventuais procedimentos disciplinares para o caso de concessão indevida, a Administração lança-se ao pecado do excesso de zelo, vulnera o ordenamento

jurídico, levanta exigências ou condicionantes desproporcionais, ignora a jurisprudência mesmo em suas orientações mais seguras e se apresenta com exacerbado rigor na análise dos fatos constitutivos de um direito previdenciário.

Pois se a Administração exige o impraticável, legitimado cuida estar aquele indivíduo que auxilia seu próximo – ainda que com pequenas ou não tão pequenas inverdades – na luta pela realização de um direito indispensável à sobrevivência e, por isso, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Como conseqüência de uma suposta aliança de indivíduos que se lançam contra a Administração Previdenciária, esta opera como uma cidade sitiada, de modo que a análise do direito passa por um crivo administrativo que, por vezes, não vê o evidente e enxerga o que não existe.

A realidade da “cidade sitiada” aponta para um caminho paralelo àquele assegurado pelo feixe normativo emanado do devido processo legal, revelando a adoção de ilegítimas trincheiras, dentre as quais se destacam:

- (i) notórias recusas injustificadas de protocolo de requerimento administrativo, a despeito do direito constitucional de petição (CF/88, art. 5º, XXXIV, a);
- (ii) indeferimentos sumários e desmotivados, sem embargo da determinação constitucional de fundamentação das decisões (CF/88, art. 93, IX), norma esta reafirmada pelo art. 50 da Lei 9.784/99;
- (iii) não informação aos segurados e dependentes acerca de seus direitos – para a insuficiência senão inexistência do serviço social de esclarecimento “junto aos beneficiários (de) seus direitos sociais e os meios de exercê-los” e de estabelecimento conjunto do processo de solução dos problemas que emergirem da relação dos beneficiários com a Previdência Social (Lei 8.213/91, art. 88);
- (iv) ausência de um desenvolvimento válido do processo administrativo, seja em razão da não realização de justificação administrativa quando a entidade reputa insuficiente a prova documental oferecida pelo segurado (Lei 8.213/91, art. 108), seja pela falta de espaço para este comprovar seu direito por meio de todas as provas admitidas em direito (Lei 9.784/99).

Essas condições de fato que, sabidas de todos, marcam o atual momento da relação entre a Administração (que se debate contra o Estado de Direito) e o cidadão terceiro mundista (com o paradoxo dos termos), deságuam no processo judicial previdenciário, em que a decisão comporá o

litígio sustentado por teses opostas que, a um só tempo, são causa e efeito da falta de coesão social e de um indesejado estágio em que parece declarada a inimizade e falta de cooperação entre o Estado e a sociedade civil.

Com esse pano de fundo, logra-se perceber a importância dos elementos de prova que são chamados à existência por circunstâncias alheias a determinado conflito judicial, elementos que indicam o que indicam pelo só fato de existirem.

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

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

A prova testemunhal guarda sensível nota de precariedade.<sup>3</sup> Se a prova material é vestígio de um fato, ação humana ou acontecimento – e, sendo vestígio, constitui um dado ou indício contemporâneo ao fato que se pretende demonstrar – a prova testemunhal é inapta para fixação de datas remotas. Se a prova material emana da ocorrência própria do fato que se pretende demonstrar (ou de um fato próximo a ele por meio de um juízo de presunção) e não tem vínculo com qualquer ação judicial, a prova testemunhal, de outra sorte, é produzida apenas porque há um litígio, isto é, porque existe interesse de uma das partes em influenciar futura decisão judicial.

A prova documental – mais adiante veremos que nem toda prova documental consubstancia prova material – possui, “em princípio, maior credibilidade que a testemunhal”, mas “daí não se conclua, porém, pela imprestabilidade da prova testemunhal”.<sup>4</sup>

A típica precisão laboratorial de datas, garantidas por idosas testemunhas em ações previdenciárias, que muitas vezes à sede do Juízo

<sup>3</sup> Exemplo claro disso é a persistente afirmação que busca relacionar fatos a datas remotas, o que é infactível por meio da prova pessoal, salvo situações excepcionais devidamente caracterizadas.

<sup>4</sup> LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**, São Paulo: Editora RT, 2002, 2ª edição, p. 112. Mais adiante o presente trabalho oferece algumas considerações também sobre a eficácia possível da prova testemunhal.

chegam juntamente com o autor, já não impressiona e nem sensibiliza, minando o fundamento de credibilidade da prova testemunhal, consistente na presunção de que as pessoas afirmam a verdade.

Mas de outro lado, também a prova documental tem apresentado vicissitudes no que toca à sua credibilidade. É o caso, por exemplo, na comprovação do tempo de serviço rural para aposentadoria por idade, mediante determinados documentos tais como notas fiscais, contratos de arrendamento e vários outros que se indicam uma condição divorciada do que ordinariamente ocorre, já que, reportando-se a uma época que em muito se distancia do esplendor da forma do trabalhador, isto é, referindo-se a um tempo em que o trabalhador já se encontra com idade avançada, sinalizam para uma produção elevada e, bem, assim, com um extraordinário volume de mercadorias comercializadas<sup>5</sup>.

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

A exigência de prova material é tida como uma pedra de tropeço no caminho que liga o segurado ao benefício; um obstáculo à comprovação de que ele “tem o direito”. Por essa razão questionou-se a constitucionalidade da disposição do art. 55, §3º da LBPS, em face do direito constitucional à produção de prova lícita.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de vários precedentes de sua 2ª Turma, orientou que a exigência de prova material para a comprovação do tempo de serviço “não vulnera os preceitos dos artigos 5º, incisos LV e LVI, 6º e 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Também algumas folhas de atendimento relativas a serviços de saúde estão sendo apresentadas em juízo como o único indício do exercício da atividade rural existente no período de carência. Algumas anotações acerca da qualificação dos interessados se dão de maneira não contemporânea, sendo evidente, em alguns casos, que o preenchimento do campo correspondente se deu posteriormente e por outra pessoa. Com a queda do grau de idoneidade de documentos tais, o magistrado certamente carregará esta fragilidade material para a formação de seu convencimento quanto ao fato constitutivo do direito pleiteado na inicial: o trabalho na condição de rurícola, isto é, o contínuo desempenho de atividade rural, como lavrador (empregado, diarista ou segurado especial).

<sup>6</sup> (v.g., RE 226.772/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 06.10.2000, p. 98; RE 236.759/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 27.04.2001).

Mais recentemente, no julgamento da ADI 2.555-4/DF, o plenário do Excelso Tribunal dispôs que “o maior relevo conferido pelo legislador ordinário ao princípio da segurança jurídica visa a um maior rigor na verificação da situação exigida para o recebimento do benefício”<sup>7</sup>.

### 3. O trato da matéria pela doutrina previdenciária

A Lei de Benefícios da Previdência Social, em seu artigo 55, §3º, condiciona a comprovação do tempo de serviço à existência de um início de prova material, *verbis*:

*§ 3º A comprovação o tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal salva na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.*

De sua parte, o artigo 62 do Decreto 3.048/99 expressa que:

*“Art. 62 - A prova do tempo de serviço, considerado tempo de contribuição na forma do art. 60, observado o disposto no art. 19 e, no que couber, as peculiaridades do segurado de que tratam as alíneas “j” e “l” do inc. V do “caput” do art. 9º e do art 11, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado”<sup>8</sup>.*

*O estudo do direito probatório previdenciário, sem embargo de sua relevância, não foi ainda aprofundado entre os especialistas da matéria. É compreensível que isso ocorra já que a ênfase dos previdenciaristas é colocada no vasto campo do direito material previdenciário.*

<sup>7</sup> Relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicado no DJU de 02.05.2003.

<sup>8</sup> Ainda releva destacar que o artigo 106 da Lei 8.213/91 que define de forma exemplificativa os documentos que poderão ser utilizados para comprovação do tempo de serviço do trabalhador rural.



*Discorrendo sobre a prova do tempo de contribuição, CASTRO e LAZZARI expressam que “a prova do tempo de contribuição deve ser feita por meio de documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos aos fatos a comprovar, sendo admitida prova exclusivamente testemunhal somente na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito”.<sup>9</sup>*

Em seus comentários à regra contida no art. 55, §3º, da Lei 8.213/91, ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, após referirem que “assume grande relevância a determinação do que se considera como ‘razoável início de prova material’”, apontam atuais tendências de nossa jurisprudência sobre o tema da prova em direito previdenciário, analisando ainda questões típicas como a força probatória das declarações de ex-empregadores, anotações constantes em CTPS, reclamações trabalhistas, justificativa judicial, documentos públicos nos quais consta a qualificação do requerente, fotografias, recibos de pagamento e registros nos livros obrigatórios de empresa ou serventia.<sup>10</sup>

TAVARES anota que “A prova de tempo de contribuição é feita mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo os documentos ser contemporâneos aos fatos a comprovar”, passando o magistrado e professor fluminense, na seqüência de sua exposição, a examinar a jurisprudência de nossos tribunais acerca da legitimidade da exigência de prova material.<sup>11</sup>

Sobre a comprovação do tempo de contribuição, os professores Marcus Orione e Érica Paula Correia voltam suas reflexões sobre a legitimidade da exigência de prova material, alçando crítica aos termos da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”). Por entenderem que deve prevalecer o princípio do livre convencimento motivado, não há como se compelir o magistrado que se satisfaz com o conteúdo da prova testemunhal –

<sup>9</sup> CASTRO, C. A. P e LAZZARI, J. B., **Manual de Direito Previdenciário**, São Paulo: LTR, 5ª edição, 2004, p. 601.

<sup>10</sup> (ROCHA, D. M. e BALTAZAR JUNIOR, J. P., **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, pp. 231-238).

<sup>11</sup> TAVARES, M. L., **Direito Previdenciário**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 6ª edição, 2005, p. 155.

pela verificada coerência e credibilidade –, a rejeitar o pedido de reconhecimento de trabalho rural com fundamento na ausência de prova material<sup>12</sup>.

MARTINEZ, voltando os olhos para a categorização das provas, declara:

*“As provas podem ser materiais ou orais. As materiais consistem em documentos ou objetos que evidenciem haver o segurado prestado serviços. As orais são depoimentos testemunhais, os quais só são aceitos se acompanhados de início razoável de prova material. Quanto á eficácia, elas podem ser plenas ou não. A prova não-plena é um conjunto probatório, geralmente baseado em documentos, que configuram cabalmente a prestação de serviços. A plena é usualmente isolada, caso da anotação regular da relação de emprego na CTPS, e dispensa outras provas”<sup>13</sup>*

Em seu Curso de Processo Judicial Previdenciário, SERAU JUNIOR dedica singular atenção à matéria probatória. Quanto à prova documental, traz a lembrança de Carnelutti de que o documento não é apenas uma coisa, senão uma coisa representativa, ou seja capaz de representar um fato. O jovem professor paulista veicula, ainda, alguns apontamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a sensibilidade necessária no exame da atividade rural, dada à notória dificuldade da comprovação documental por parte dos rurícolas, salientando que o rol de documentos que são admitidos para a comprovação do tempo de serviço rural (LBPS, art. 106) não é exaustivo, sendo admitidos pela jurisprudência, como razoável início de prova material, “dentre outros, a Certidão de Casamento, o Título Eleitoral, o Certificado de Dispensa das Forças Armadas (documentos onde deve constar a profissão da parte como sendo lavrador), bem como a declaração de ex-empregador e outros documentos relativos à produção agrícola em regime de economia familiar.<sup>14</sup>

A ênfase, como se percebe, é colocada nos meios de prova que, referidos pela legislação previdenciária, podem atender a exigência legal, mas não há maior preocupação em se precisar o que se tem por prova material, o que é justamente o objeto do presente trabalho.

<sup>12</sup> CORREIA, M. O. G e CORREIA, E. P. B., **Curso de Direito da Seguridade Social**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260.

<sup>13</sup> MARTINEZ, W. N. **O salário-base na previdência social**, São Paulo: LTr, 1986, p. 349.

<sup>14</sup> SERAU JUNIOR, M. A., **Curso de Processo Judicial Previdenciário**, São Paulo: Método, 2ª edição, 2006, pp. 151-156.

#### 4. Prova Material na categorização das espécies probatórias.

Para se chegar ao conhecimento do que se tem por prova material é relevante uma noção primeira, ainda que incompleta, sobre a categorização das espécies probatórias.

Com muita razão o gênio de BENTHAM escreveu que “não se pode escrever acerca do tema que nos ocupa, com esse método didático que avança pouco a pouco sem jamais antecipar-se. A falar de uma classe de prova, haverá necessidade de falar de outra classe que ainda não foi tratada, e de adiantar proposições cuja demonstração se verá mais tarde. É preciso, pois, apresentar aqui um quadro geral de todas as provas e defini-las ou descrevê-las na medida em que façam falta para dar uma noção preliminar”.<sup>15</sup>

As mais prestigiadas classificações das espécies probatórias são aquelas oferecidas por BENTHAM e MALATESTA. A elas nos reportaremos apenas enquanto necessárias para a aproximação de nosso objeto de estudo.

Quanto ao sujeito da prova ou a fonte de informação, a prova será real ou pessoal. Prova real é a afirmação emanada de uma coisa que existe ou foi alterada por força do fato que se deseja comprovar, como, a título ilustrativo, a arma de um crime, os estilhaços de um vidro. Prova pessoal é aquela resultante da afirmação consciente de uma pessoa e destinada a fazer fé dos fatos afirmados, sendo o testemunho em juízo o exemplo típico.

A doutrina registra que o sujeito da prova (a fonte de informação) não pode ser senão uma pessoa ou coisa. MALATESTA expressa, neste sentido, que “sempre que se fala de prova, ou se cogita de uma pessoa ou de uma coisa que afirma”, de modo que “a prova é afirmação de pessoa ou coisa, ou, em outros termos, é pessoal ou real”.<sup>16</sup> Em suma: Se o fato é afirmado por coisa, tem-se a prova real, ao passo que se é afirmação de pessoa, tem-se a prova pessoal.

Na lição de MALATESTA, “O sujeito da espécie de prova consistente nas impressões morais conscientemente manifestadas é a pessoa cujo espírito conserva aquelas impressões e as revela, sabendo. E a prova resultante da revelação consciente que faz a pessoa das impressões morais, que se conservaram em seu espírito, é a afirmação pessoal ou prova pessoal”.

A prova pessoal é, pois, aquela fornecida conscientemente por um ser humano, isto é, a fonte da prova provém de uma pessoa que afirma ou

<sup>15</sup> BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Editorial Comares, 2001, Tradução para o espanhol: Manuel Osorio Florit, p. 21.

<sup>16</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, Vol. I, Tradução de Paolo Capitanio, Ed. Bookseller, 1996, p. 595.

atesta a existência de um fato. Toda afirmação pessoal, consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados é uma prova pessoal.

Quanto à forma da prova ou quanto ao meio de manifestação, a prova pode ser testemunhal, documental e material. Pela prova testemunhal, a informação do conhecimento humano (prova pessoal) se transmite pelo seu testemunho em juízo. Mas se a informação do conhecimento humano se transmitir por um documento e não diretamente ao juiz, teremos então uma prova documental.<sup>17</sup> Teremos uma prova material quando a afirmação da coisa se exterioriza nela própria, “pela materialidade de suas formas” (MALATESTA). Se o documento não se destina a fazer fé dos fatos afirmados por quem escreve mas se apresenta como exteriorização de fato ou ação, é uma prova documental quanto à forma (meio de manifestação) e real/material quanto ao sujeito (fonte de informação).

Também nos será útil a divisão das provas quanto à sua destinação, isto é, quanto à produção designada para fim judicial. A prova será casual se produzida sem a necessidade de comprovar um fato em juízo e pré-constituída se produzida com a finalidade específica de influenciar futuro julgamento.

Por fim, a prova será direta se tiver por objeto imediato o fato que se quer comprovar. Ela mesma se refere ao fato principal que se deseja comprovar. A prova indireta, de sua vez, indica a existência de um fato próximo àquele que se pretende comprovar, permitindo a conclusão da existência do fato principal por meio de um juízo de presunção, de maneira que evidenciada a existência de um fato, por um raciocínio de presunção, chega-se ao fato probando.

## 5. A Prova Material.

Pela classificação das espécies de prova segundo a fonte de informação a prova é, então, ou de natureza pessoal (o fato é afirmado por uma pessoa) ou de natureza real (o fato é afirmado por uma coisa).

<sup>17</sup> “O termo prova documental abrange os instrumentos e os documentos, públicos e particulares. Qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a representação de um pensamento, ordem, imagem situação, idéia, declaração de vontade etc., pode ser denominado *documento*. Os escritos que são celebrados, por oficial público no exercício de seu mister, na forma prevista pela lei, com o intuito de fazer prova solene de determinado ato jurídico, compondo, por assim dizer, a própria essência do negócio (CC 104; CC/1916, art. 130), ou não, denominam-se *instrumento*. Este é o constituído com a finalidade de servir de prova. O documento não é confeccionado para o fim de servir de prova, mas pode ser assim utilizado, casualmente” (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado : e Legislação extravagante : atualizado até 7 de julho de 2003* / Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery – 7ed. ver. e ampl.: São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003).

Consoante o autorizado magistério de MALATESTA, “do ponto de vista dos vestígios que um fato pode ter deixado atrás de si, existem, portanto, dois possíveis sujeitos de prova do próprio fato: uma coisa ou pessoa que atestam. E a prova, do ponto de vista do sujeito, divide-se, portanto, em duas espécies :afirmação de coisa ou prova real e afirmação de pessoa ou prova pessoal” (itálico no original)<sup>18</sup>.

Para a distinção das espécies probatórias quanto à fonte de informação, consoante prossegue o eminente doutrinador italiano, é dado fundamental a consciência da revelação do fato, pelo sujeito de prova:

*“A coisa produz afirmação apresentando inconscientemente à percepção de quem quer investigar, as modalidades reais que sofreu, relativas ao fato a ser verificado. A pessoa produz afirmação, revelando conscientemente as impressões psíquicas conservadas em seu espírito, relativamente ao fato a ser verificado”*<sup>19</sup>.(itálico no original)

*Particularmente em relação à prova material, a “afirmação do fato” chega ao magistrado não por uma pessoa, mas por uma coisa (um objeto qualquer ou um documento). A prova material se presta, então, a indicar a realização de fatos, a sugerir que ocorreu determinado evento. A prova material não é produzida para solução de um litígio judicial, mas advém de causa própria, como produto de um determinado fato realizado no passado.*

*Quando a própria pessoa apresenta modificações corporais, “também não é mais que uma coisa”, de maneira que “o ferimento apresentado pela pessoa física não é mais que prova real, e isso é óbvio”*<sup>20</sup>.

*Mas é fundamental para nosso estudo específico a compreensão de que a pessoa pode também dar lugar à prova real sempre que sua manifestação não seja consciente ou quando tal manifestação não se apresente como destinada a fazer valer fé da verdade dos fatos por ela afirmados. De fato, “se as*

<sup>18</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, Vol. I, Tradução de Paolo Capitanio, Ed. Bookseller, 1996, p. 278.

<sup>19</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, Vol. I, Tradução de Paolo Capitanio, Ed. Bookseller, 1996, p. 278.

<sup>20</sup> Idem. Idem.

*exteriorizações do espírito humano não são conscientes ou não se considerem como destinadas a fazer fé da verdade dos fatos por ela manifestados, não se tem prova pessoal, mas sim real”.<sup>21</sup> É que, de um lado, “sem a consciência dos próprios atos, o espírito humano é considerado como coisa e não como pessoa”, daí afirmar o tratadista que “funcionando como prova do espírito interno, são provas reais, e não-pessoais, não só a palidez, o tremor, o desmaio do acusado, e qualquer outro fato involuntário da pessoa, mas também são provas reais todos os fatos voluntários humanos que funcionam como prova para revelar o espírito interno, todos aqueles fatos que, embora conscientemente praticados como fatos, são, inconscientemente emitidos como revelações do espírito interno”<sup>22</sup>.*

*Assentadas essas premissas, pode-se concluir que os vestígios deixados no corpo humano pela ação do tempo, pela prática reiterada de atividades que exigem esforço físico e pela demasiada exposição a raios solares poderão servir como indício material da ocorrência de determinado fato ou da existência de determinada situação/condição.*

*É bem difundida a percepção de que os trabalhadores rurais, especialmente os bóias-frias, têm sobremaneira dificultada a tarefa de atender a exigência de comprovação de tempo de serviço/contribuição mediante um início da prova material, dada as particularidades em que exercida a profissão.*

*E de fato, “em se tratando de trabalhador rural “bóia-fria”, a exigência de início de prova material para efeito de comprovação do exercício da atividade agrícola deve ser interpretada com temperamento, podendo, inclusive, ser dispensada em casos extremos, em razão da informalidade com que é exercida a profissão e a dificuldade de comprovar documentalmente o exercício da atividade rural nessas condições” (TRF4, AC 2001.70.06.000386-3, Turma Suplementar, Relator Luciane Amaral Corrêa Münch, publicado em 12/01/2007).<sup>23</sup>*

<sup>21</sup> Idem, p. 281.

<sup>22</sup> Idem, p. 282.

<sup>23</sup> De todo modo, é bem conhecido o enunciado da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da

*De maneira que “cuidando-se de trabalhadora rural que desenvolve atividade na qualidade de bóia-fria (diarista), deve a exigência do início de prova material ser flexibilizada, quando não mesmo dispensada diante de uma prova testemunhal coesa e firme, face à dificuldade desta classe de trabalhadores, que trabalha por dia na zona agrícola, em propriedades diversas, de formar prova documental de seu labor, dada a informalidade que rege suas relações de trabalho” (TRF4, AC 2006.70.99.001600-0, Turma Suplementar, Relator Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, publicado em 22/01/2007).<sup>24</sup>*

Mas se é correto dizer que a informalidade em que se desenvolve o trabalho rural diminui drasticamente as possibilidades de se comprovar a atividade por meio de prova documental, não menos acertado me parece afirmar que a exigência de prova material pode ser atendida mediante identificação de vestígios deixados no corpo humano pelo exercício de tais

---

obtenção de benefício previdenciário” (DJ 18.12.1995). Sem embargo, como a prova material é sempre indiciária, “para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício” (Súmula 14 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais). De fato, o que é necessário é a comprovação do trabalho rural pelo período disposto pelos artigos 142 e 143 da Lei 8.213/91, o que não se confunde com demonstração material de trabalho rural em todos os anos do interregno comumente chamado período de carência. Por outro lado, o período compreendido entre documentos que indicam a profissão do segurado como sendo a de trabalhador rural conduz, em regra, à presunção da continuidade do estado anterior. Moacyr Amaral Santos faz referência à teoria de Fitting, segundo a qual estabeleceu-se o princípio da teoria da prova no sentido de que “presume-se a permanência de um estado preexistente, se não for alegada a sua alteração, ou, se alegada, não tiver sido feita a devida prova desta”, citando Soares de Faria que resumiu os resultados obtidos por Fitting para concluir que “só a afirmação de uma mudança de um estado anterior necessita de prova, que não a permanência do mesmo: *affirmanti non neganti incumbit probatio*” (in Prova Judiciária no Cível e Comercial, Ed. Saraiva, vol. 1, 5ª Ed., p. 102). Assim, por exemplo, se o segurado apresenta em juízo documentos indicativos do trabalho na lavoura referentes aos anos de 1965, 1969 e 1973, é possível a presunção de que no período entre 1965 a 1973 ele se encontrava exercendo atividade rural, aplicando-se o *princípio da presunção de conservação do estado anterior*, e com muito mais razão quando se lembra que o juiz, baseado em coisas ou atos que geralmente acontecem ou se realizam, delas pode tirar a verdade do caso *sub judice* (CPC, art. 335). Anoto, ainda quanto a este exemplo, ser possível a adoção, como início de prova material para a comprovação de trabalho rural anterior a 1965, do conjunto probatório material que se refere a período de tempo pouco posterior àquele objeto de comprovação.

<sup>24</sup> Também em relação à empregada doméstica a jurisprudência do E. TRF da 4ª Região tem atenuado a exigência de prova material, adotando uma solução ligeiramente distinta daquela oferecida ao caso do trabalhador rural bóia-fria. No caso da empregada doméstica, em vez de dispensar, excepcionalmente, a apresentação de prova material, a orientação é no sentido de que “Admite-

atividades, como, por exemplo, a calosidade das mãos ou o enegrecer da pele. Se a prova material do crime de lesões corporais é o laudo de exame de lesões corporais, a prova material do trabalho rural de anos pode ser aferida por sinais típicos, a serem identificados pelos expertos.

Na ausência de prova técnica a respeito (investigação técnica sobre a existência de indícios materiais tidos como típicos dos trabalhadores rurais), o magistrado pode, segundo as regras do que ordinariamente acontece (CPC, art. 335), identificar vestígios característicos apresentados pelos trabalhadores rurais, é dizer, identificar a existência de prova material do exercício de atividade rural, destacadamente nos casos em que não se deu a cessação do trabalho ou em que esta se tenha operado em passado recente.

Por outro lado, se a afirmação de pessoa, embora consciente, não é destinada a fazer fé da verdade dos fatos por ela afirmados, não se tratará de prova pessoal, mas de prova real, cumprindo acrescentar, ainda com o mestre italiano, que “não se pode considerar como destinada a fazer fé da verdade dos fatos por ela afirmados, quando (a palavra consciente) se apresenta não como uma simples revelação do espírito interno, mas como uma forma de concretização da realidade”.<sup>25</sup>

Assim, a palavra consciente ou a informação prestada por uma pessoa constituirá prova real quando não se apresente como simples revelação destinada a fazer fé da verdade dos fatos, mas como uma ação externa e material que se exterioriza em forma de palavra fônica ou escrita.

De modo distinto, o escrito que se destina a fazer fé da verdade de um fato guarda a natureza de uma prova pessoal, pois, seguindo mais uma vez o ensinamento de Malatesta:

*“Existem formas de afirmação de pessoa, que se destacam materialmente da pessoa que afirma, ficando moralmente ligadas a ela: o escrito, como declaração consciente, encarna em si a afirmação de uma pessoa, mesmo depois de separado da pessoa física que afirma. Por isso, sempre que o escrito é uma manifestação consciente pessoal, destinada a fazer fé*

---

se para a empregada doméstica a declaração feita pelos ex-empregadores como início de prova material, desde que complementada por prova testemunhal idônea, considerando-se as características de tal profissão, em que, via de regra, o vínculo laboral costuma se estabelecer sem maiores formalidades” (TRF4, AC 2002.04.01.006772-0, Sexta Turma, Relator Vladimir Passos de Freitas, publicado em 19/04/2006). Mas uma declaração, como visto, é uma prova pessoal e não uma prova material, de modo que a solução, ao fim e ao cabo, é a mesma, qual seja, a dispensa de prova material para a comprovação do tempo de serviço ou contribuição.

<sup>25</sup> Idem, p. 284.



*dos fato nele afirmados, é sempre uma prova pessoal, mesmo que a pessoa física não compareça em juízo. O juiz, neste caso, por detrás da materialidade do escrito, verá sempre a pessoa moral do que afirma e sempre como consciente declaração da pessoa, o escrito terá força de prova em seu espírito”.*<sup>26</sup>

É por essa razão que as declarações de prestação de serviço – firmadas, por exemplo, por ex-empregadores ou por sindicatos de trabalhadores rurais – não guardam a natureza de prova material, mas de prova pessoal. Manifestando-se por meio dos documentos, as declarações destinadas a fazer fé de determinado fato, embora sejam classificadas como prova documental, não constituem prova material, mas pessoal.

Nos termos da regra contida no art. 219 do Código Civil de 2002 (art. 131 do Cód. Civil de 1916) e igualmente no art. 368 do Código de Processo Civil, “as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”. Mas de acordo com o parágrafo único deste mesmo artigo: “Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua verdade o ônus de provar o fato”.

Se a declaração se der por instrumento público, ainda assim não comprovará o fato afirmado, pois “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença” (CPC, art. 364).

Ainda neste ponto cumpre registrar o pensamento de que uma certidão do cartório eleitoral dando conta da qualificação profissional do eleitor ou uma certidão de secretaria de educação municipal, informando a frequência a curso escolar, ao contrário do que se comumente pensa, consubstanciam prova pessoal, visto que o fato é afirmado documentalmente por uma pessoa. É certo que a certidão de um órgão público, como todo ato administrativo, goza de presunção de legitimidade. Mas a informação chega ao juiz por uma pessoa e não como vestígio de um fato histórico. E, a rigor, apenas o dado arquivado que se encontra materializado na repartição pública (livros de registro, históricos escolares, formulários de inscrição para obtenção de documento público), de que se valeu o servidor para a prestação de informação, é que apresenta a natureza de prova material. Se alguém afirma ao magistrado

---

<sup>26</sup> Idem, p. 287.

a existência de um fato com base em um vestígio material, esta afirmação de pessoa jamais pode ser tida como prova material, quanto menos quando não contemporânea à circunstância fática que se pretende demonstrar.

### 5.1 Prova material. Eficácia probante.

Se, por um lado, o “fundamento da credibilidade da prova pessoal encontra-se na presunção da veracidade das pessoas, isto é, na presunção de que as pessoas não se enganem e nem queiram enganar”, por outro lado o “fundamento da credibilidade das provas reais é presunção da verdade das coisas, que se funda na crença de que as coisas sejam ordinariamente tais como parecem ser e não se encontrem falsificadas pela manobra maliciosa do ser humano”.<sup>27</sup>

Como a prova real carrega maior carga de espontaneidade, porque em princípio retrata um acontecimento desvinculado de qualquer disputa judicial, o peso que se lhe confere é, de fato, distinto da prova pessoal.<sup>28</sup>

Mas é necessário registrar que a prova material pode se apresentar ao magistrado com diferentes graus de eficácia probante, sendo tanto mais forte a prova material quanto mais esteja próxima do fato que se pretenda comprovar.

De início, cabe a ponderação de que a prova material não será jamais uma prova plena.<sup>29</sup> É sempre indiciária. Sempre indicará um fato mais ou menos próximo do fato principal que se deseja comprovar, reclamando um ou mais juízos de presunção<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Idem, pp. 289-290.

<sup>28</sup> Mas até que ponto, de fato, os indícios materiais que vemos nos feitos previdenciários são produzidos por causa absolutamente independente do litígio judicial? Até que ponto as notas de comercialização de produtos agrícolas – por exemplo - existem como consequência inafastável da venda de mercadorias e não como constituição de prova para eventual problema previdenciário de ordem administrativa ou judicial? Será, de fato, uma prova casual e não pré-constituída a certidão de nascimento que qualifica como lavradora a genitora, futura pretendente do benefício de salário-maternidade? Será realmente casual e espontânea a declaração da qualificação profissional do falecido em sua certidão de óbito, quando seguramente seu cônjuge pleiteará o benefício de pensão por morte?

<sup>29</sup> O início de prova material, portanto, não significa prova cabal, mas algum “registro por escrito que possa estabelecer liame entre o universo fático e aquilo que expresso pela testemunhal” (TRF 4ª Região – AC nº2000.04.01.128896-6/RS, Relator Juiz João Surreaux Chagas, DJU de 25/07/2001, p. 215).

<sup>30</sup> A presunção nos leva a atribuir um predicado, qualidade ou condição como provavelmente referente a um indivíduo, não nos levando a perceber o fato ou a coisa como evidentemente certos. Esse raciocínio presuntivo liga um fato conhecido a um outro desconhecido, partindo-se da idéia do que é ordinário acontecer ou existir.

É que a prova material, sendo vestígio de um acontecimento, é sempre indireta e se apresenta ao juiz como indício de que determinado fato aconteceu.

Sob esta perspectiva, é desarrazoada a asserção de que o documento em nome de outro membro do grupo familiar não se presta como prova material do exercício de atividade rural para outro. É evidente, por exemplo, que se há prova documental no sentido de que o cônjuge da pretendente ao benefício é qualificado como lavrador, muito provavelmente ele exercia tal profissão ao tempo da confecção do referido documento. Se muito provavelmente esta pessoa exercia atividade rural, pode-se presumir, segundo o que ordinariamente acontece, que a mulher também desempenhava atividade rural àquele tempo. E quero acrescentar aqui que é desimportante se o trabalho rural do marido se dava em regime de economia familiar ou como trabalhador diarista, volante ou bóia-fria. Isso porque a prova material da condição de lavrador do marido certamente indica a vocação rural não apenas deste, mas também de sua esposa. Podemos até admitir, para argumentar, que a eficácia probatória do documento não seja a mesma (ou, em outras palavras, que o indício é mais frágil), mas é inegável que o documento em nome do marido se prestará para indicar o trabalho rural também da mulher, seja ou não a atividade desempenhada em regime de economia familiar.<sup>31</sup>

A prova material é indiciária e não prova plena, como dito, porque ela demonstra a existência de um fato relativamente próximo daquele que se deseja ter por comprovado em juízo. Assim é que, a título ilustrativo, na comprovação do exercício de atividade rural, é muito comum a adoção de documentos emitidos ao tempo do exercício da atividade que qualifiquem a parte como lavradora. Esses documentos não provam a condição de lavrador, mas sugerem o fato, trazem a presunção de sua ocorrência, presunção esta que será confortada ou robustecida por outros meios de prova (inspeção judicial ou prova testemunhal, por exemplo). Tanto mais forte será a presunção quanto mais próxima a prova material estiver da afirmação do fato que se deseja evidenciar. Da mesma forma, a prova material

<sup>31</sup> Daí a correção dos termos dispostos pela Súmula 73 do E. TRF da 4ª Região: “Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental” (DJ Seção 2 de 02-02-2006). Em igual direção a Súmula 06 da Turma Nacional de Uniformização dos JEFs: “A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola”. Não prejudica à trabalhadora, portanto, a circunstância de eventual registro público lhe qualificar como doméstica ou do lar.

que indica o fato apenas mediante diversos juízos de possibilidades é frágil e seu peso na formação do convencimento decresce na medida em que, do fato que afirma àquele que se deseja comprovar, vão se abrindo diversas possibilidades de presunção diante do magistrado.

Exemplifique-se: É forte a presunção de que o segurado que se identificou como lavrador ao tempo de seu alistamento militar efetivamente estivesse, naquele período de tempo, desempenhando atividades rurais. Há a possibilidade de ter um equívoco ou falsidade na declaração da atividade profissional, mas se presume o ordinário e então essa prova material é forte. Mas é frágil a prova material, tendente a demonstrar o exercício de atividade rural, que demonstra que o genitor do suposto trabalhador rural foi proprietário de imóvel rural, pois deste fato comprovado (propriedade de imóvel rural pelo pai) ao que se deseja comprovar (exercício da atividade rural pelo filho) segue um rol de possibilidades: o filho não foi criado com o pai; o pai era proprietário rural, mas residia no meio urbano; o pai residia no meio rural, mas o filho no meio urbano; o pai e o filho residiam no meio rural, mas não dependiam apenas da exploração do imóvel; o pai e o filho residiam no meio rural, mas o filho não auxiliava o pai na lavoura, porque estudava ou porque havia contratação de empregado; o filho auxiliava o pai, mas havia ainda assim contratação de mão de obra permanente; o filho auxiliava o pai na lavoura, em regime de economia familiar; o filho residiu com o pai até determinada idade e depois migrou para cidade, etc. Quanto maior a diversidade de possibilidades, menor é o espaço para presunção da ocorrência do fato que se deseja comprovar em juízo, pois este consiste em apenas uma dentre tantas hipóteses fáticas que podem estar representadas por este indício ou vestígio que é a prova material.<sup>32</sup>

Segue daí que é no conjunto de elementos materiais, analisado a partir das luzes do que ordinariamente acontece, que as hipóteses extraordinárias

<sup>32</sup> Anoto que possibilitaria o exercício de presunção de exploração da atividade rural pelo segurado e sua família a apresentação de documentos, em nome de seus genitores e irmãos, apontando para a sua condição de lavrador, algo, enfim, que permita ao magistrado perceber, em um contexto histórico distante no tempo, a vocação rural da família. Costumeiramente, a pessoa o que pretende reconhecimento de tempo de serviço rural colaciona aos autos, dependendo do caso, evidentemente, documentos em nome próprio, como dispensa de serviço militar, título de eleitor, histórico escolar, devendo ser pelo menos apontada, pelo interessado, eventual impossibilidade de obtenção de tais documentos. A falta da prova material para um longo lapso temporal faz com que o sucesso da demanda, quanto à comprovação do tempo de serviço rural, dependa sobremaneira da prova testemunhal, com as deficiências que esta implica especialmente em face do longo tempo percorrido desde a data da realização do fato que se pretende comprovar.

ou absurdas se calam, abrindo espaço para que a presunção de um determinado fato possa ser elaborada sem leviandade.

Da mesma forma, ainda a título ilustrativo, se o segurado se apresentou como lavrador quando de seu alistamento militar, muito provavelmente desenvolvia esta atividade naquele determinado período. Chego a este pensamento por um juízo de presunção, pelo que ordinariamente acontece. É dizer, o ordinário ou o que se pode presumir é que a pessoa de fato informa a sua profissão quando lhe é indagada acerca desta circunstância. Ora, por um outro juízo de presunção, ainda elaborado de acordo com o que ordinariamente acontece, posso afirmar que o exercício de tal atividade não se iniciou no dia em que a pessoa especificou sua qualificação profissional. E aí outros raciocínios lógicos, inspirados por regras de experiência, levam-me a presumir que a atividade campesina era exercida pelo menos a partir dos 12 anos de idade, como tem fixado a jurisprudência. Não que não possa haver o trabalho antes, mas se convencionou, de modo razoável a meu ver, que a partir dos 12 anos de idade o trabalho do menor pode ser considerado significativo.

Para que se transite seguramente pelo caminho das presunções a que me referi acima, é importante a existência de outros elementos materiais.

Ocorre que, por ironia das coisas desse mundo, tanto mais rica a pessoa, em regra mais farto será o conjunto probatório para a demonstração da atividade rural, por algumas razões: a) o pai será um proprietário rural e então a prova do título sobre o imóvel já servirá como indício da atividade rural do filho, pelo que ordinariamente acontece (os filhos ajudam o pai em regime de economia familiar); b) pelas condições econômicas ao tempo da demanda judicial, o interessado pode deslocar-se atrás de tantas provas quanto forem as necessárias para o atendimento da regra de prova material; c) pelas condições econômicas pode contratar um profissional para providenciar a documentação necessária, mesmo um advogado. De modo distinto, quanto mais carente o ex-rurícola, mais dificilmente fará prova do exercício da atividade rural, como nos casos em que a família do autor não era proprietária de imóvel rural, nem arrendatária, nem parceira etc.

Mas a circunstância do segurado ter sido bóia-fria e hoje exercer determinada profissão que não exija maior qualificação técnica ou formação educacional me leva a pensar que o seu pedido de aposentadoria talvez não estará tão instruído como poderia ou deveria. Posso levar isso em conta, quando do julgamento, bem medindo o grau de rigor que devo emitir na formação de meu convencimento.

Quero dizer com isso que mesmo um parco acervo de prova material pode se prestar como lastro à comprovação de tempo de serviço ou contri-

buição, quando se conclui que em casos similares também será observada a dificuldade para apresentação de documentos comprobatórios (na verdade, indicativos) do exercício da atividade.

Isso porque a prova testemunhal, como referido alhures, não pode ser desprezada. Uma coisa é dizer que se exige um início de prova material para a comprovação do tempo de serviço e que é vedada a produção de prova exclusivamente testemunhal. Outra, bastante distinta, é simplesmente se ignorar a prova testemunhal ou dedicar-se à tarefa do garimpo das pequenas contradições.

Se a prova testemunhal é idônea, de conteúdo uniforme, produzida em juízo sob o crivo do contraditório e não foi impugnada pelo INSS sob qualquer perspectiva, não pode ser simplesmente descartada, sob pena de cerceamento de defesa, pena de violação do devido processo legal. Isso porque se o teor da prova testemunhal já não vale nada, porque em outros feitos algumas testemunhas titubeiam, defendem o segurado contra o inimigo imaginário Estado ou mesmo faltam com a verdade, então, a rigor, a produção de prova testemunhal é simples forma, é um ato burocrático despido de real finalidade, é uma perda de tempo para todos, para as testemunhas, inclusive. Para o segurado, uma falsa expectativa. Para o juiz, um faz-de-conta. O desprezo injustificado da prova testemunhal implica denegação do direito de produzir prova lícita; representa, ainda, a adoção de uma espécie de “ditadura das provas”, segundo a qual se empresta peso unicamente aos documentos e na medida de sua existência, relegando para o último plano o que quer que possam dizer as pessoas e por mais que estas tenham sido avaliadas positivamente pelo magistrado na formação de seu livre convencimento.<sup>33</sup>

Com essa noção de que uma prova material pode ser frágil ou então de força elevada é que também deve ser interpretada a Súmula 31 da Turma Nacional de Uniformização, segundo a qual as anotações em CTPS decorrente de sentença trabalhista servem como início de prova material.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Não se deve olvidar, por outro lado, o merecido prestígio ao contato imediato do magistrado singular com a prova produzida em audiência. Afinal, não é de menor importância o fato do magistrado prolator da decisão ter participado da produção de prova testemunhal, cumprindo anotar, com Ligia Maria Teixeira Gouvêa e Ana Paula Volpato Wronski, que do “contato pessoal com as partes e testemunhas, o juiz pode conhecer as características que compõem a verdade, que muitas vezes se manifestaram na fisionomia, no tom da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções, na simplicidade da inocência e no embaraço da má-fé” (O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho – revivendo um velho mote. LTr., São Paulo, nº 65-07, p. 779, jul. 2001).

Efetivamente. Quando não se encontra qualquer vestígio da atividade supostamente desempenhada pelo segurado e a ação trabalhista é ajuizada vários anos após o suposto exercício da atividade, o reconhecimento de tempo de serviço a rigor implicaria o reconhecimento de filiação sem prova material, pois a sentença trabalhista, em casos tais, declara o vínculo empregatício com apoio exclusivamente em prova testemunhal ou apenas em razão do acordo judicial. Quando não há qualquer sinal material do exercício de determinada atividade e a reclamatória trabalhista não guarda a nota de contemporaneidade em relação à suposta prestação de serviço, pode-se até admitir que as anotações em CTPS são um indício material do trabalho alegado, mas a prova material – e isso parece evidente – é extremamente frágil, fazendo a solução da controvérsia depender acentuadamente do incerto ou errático produto da prova testemunhal, justamente o que buscou inibir a regra inserta no art. 55, §3º, da Lei 8.213/91.<sup>35</sup>

O que se exige, de qualquer forma, é vestígio material contemporâneo do exercício de determinada atividade, bem como uma prova pessoal tanto mais satisfatória e detalhada quanto mais frágeis forem os elementos materiais.

Aliás, essa noção de contemporaneidade da prova material não apenas se prende ao grau de eficácia probatória de determinada prova, mas a rigor define se a prova é ou não material. E é neste sentido que deve ser entendida a Súmula 34 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (“para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar”).

Com feito, a prova material também é distinguida por ser contemporânea ao fato que se deseja comprovar. Temos tanto afirmado que a materialidade do tempo de serviço é um vestígio ou sinal deixado por um acontecimento ou uma ação humana que parece mesmo lógico afirmar, a partir desse pressuposto (prova material é vestígio), que a genuína prova material deve ser contemporânea ao fato probando, pois ela é desdobramento, é manifestação material desse fato.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Súmula 31 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: “A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários”.

<sup>35</sup> É que, nada obstante as anotações em CTPS decorrente de decisão trabalhista possam, em princípio, atender a exigência do art. 55, §3º, da LBPS, quando se verifica que a sentença que fundamentou a anotação tardia se operou por via de acordo judicial e que a reclamatória trabalhista foi ajuizada sem qualquer documento ou prova material, não pode o acordo judicial servir como tal dado de prova a ponto de servir, efetivamente, como início material sério do exercício de determinada atividade.

Assim, a natureza e a eficácia de um elemento probatório não se desprendem da noção de contemporaneidade. Quanto mais a prova for contemporânea ao fato que se pretende demonstrar, mais destacada se verificará a natureza de prova material e, por consequência, maior será a possibilidade de um juízo de presunção a partir dos indícios que aponta. Assim é que a anotação em CTPS decorrente de sentença homologatória de acordo trabalhista terá um peso muito maior quando a ação trabalhista for ajuizada a tempo de buscar, de fato, diferenças trabalhistas. Por ser relativamente contemporânea ao fato “prestação de serviço”, a ação trabalhista se revelará, então, como um desdobramento do fato probando, um sinal de que houve a relação de trabalho e que, por sua contemporaneidade, gera a presunção de que sua existência se deu por causa própria, desvinculada de motivações previdenciárias e idônea, assim, para valer-se de seu fundamento de credibilidade.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Neste sentido: “Este o entendimento prevalente na 3ª do STJ quanto às declarações de ex-empregador sobre o exercício de atividade laboral, que igualmente, pode ser aplicado à espécie, no sentido de que não guardando as declarações contemporaneidade com o fato declarado, não podem ser aceitas como prova material, equiparando-se a um mero testemunho escrito” (TRF4, AC 2000.71.07.006466-4, Segunda Turma Suplementar, Relator do Acórdão Luciane Amaral Corrêa Münch, publicado em 22/02/2006).

<sup>37</sup> Neste sentido: “A decisão proferida na Justiça do Trabalho reconhecendo tempo de serviço de ex-empregado, bem como a anotação em CTPS dela decorrente, não têm valor como prova material se a reclamatória é ajuizada muito após a cessação do pacto laboral, quando a prescrição já alcançara os direitos trabalhistas, e sem produção de provas, visando, exclusivamente, produzir efeitos perante o INSS (TRF4, AC 2001.04.01.066662-3, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, publicado em 17/01/2007). A orientação é a mesma da 3ª Seção do TRF da 4ª Região: “É viável o reconhecimento do vínculo laboral de sentença proferida em sede de reclamatória trabalhista, malgrado o INSS não tenha participado da contenda laboral, desde que, naquele feito, se verifiquem elementos suficientes que afastem a possibilidade de sua propositura meramente para fins previdenciários, dentre os quais se destaca a contemporaneidade do ajuizamento, a ausência de acordo entre empregado e empregador, a confecção de prova pericial e a não prescrição das verbas indenizatórias” (TRF, 4ª Região, Embargos Infringentes em AC nº 95.04.13032-1/RS, Terceira Seção, Rel. João Batista Pinto Silveira, DJU de 01/03/2006). Já o entendimento do Superior Tribunal de Justiça parece consagrar a existência de elementos probatórios na lide trabalhista e ausência de acordo como a *conditio sine qua non* para se reconhecer a sentença trabalhista como início de prova material: “1. A sentença trabalhista será admitida como início de prova material, apta a comprovar o tempo de serviço, caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e o período alegado pelo trabalhador na ação previdenciária. Precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção. 2. No caso em apreço, não houve produção de qualquer espécie de prova nos autos da reclamatória trabalhista, tendo havido acordo entre as partes. 3. Embargos de divergência acolhidos” (EREsp 616.242/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28.09.2005, DJ 24.10.2005 p. 170). Mas se houver elementos de prova material na lide trabalhista, estes mesmos elementos podem ser tomados como prova emprestada e, sem dúvida, independentemente da solução oferecida à causa pela Justiça Trabalhista, servirão como início de prova material.



## 6. Considerações finais

Na sensível disciplina do direito previdenciário a comprovação de tempo de serviço (contribuição) é um ponto nuclear e depende, por disposição legal, da existência de um início de prova material, salvo na ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

De maneira proposital o presente trabalho centrou sua atenção à temática da prova material, pretendendo ligá-la, a todo tempo, a práxis previdenciária.

Não se cogitou aqui tratar de um tema afeto e que merece trabalho de grande envergadura, qual seja, o que trata das hipóteses que podem ser caracterizadas como caso fortuito ou de força maior. Talvez esteja subjacente a idéia de força maior na jurisprudência que dispensa prova material, de modo excepcional, do trabalho rural pelo bóia-fria ou na que admite como prova material, para comprovação de tempo de serviço da empregada doméstica, a declaração de ex-empregadores. Poderia, afinal, o caráter rudimentar do exercício de determinada atividade caracterizar um impeditivo invencível para o cumprimento da regra de prova que se examinou neste trabalho? Seria um caso de força maior a dificultar sobremaneira a obtenção de prova material a distância temporal entre a ocorrência do fato e o momento da produção da prova judicial? Também a notória informalidade, a não documentação proposital e imposta pelo contratante de serviços?

Quanto mais conhecemos da realidade, quanto mais experiência se adquire acerca do que é ordinário acontecer, mais podemos presumir – nos termos do artigo 335 do CPC. Quando a realidade é distante do gabinete e se revela, na sua maior intensidade, como uma foto ilustrada na mente do intérprete, como um conto ligeiro; quando se sabe pouco e tampouco se procura conhecer, aí então a experiência encontra sérios limites e, por consequência, todas as presunções que dela se poderiam extrair. Com muito se presume pouco e a certeza oferecida pelos documentos, e só ela, e somente quando ela neles existir, é que moverá a pena ao reconhecimento de determinado fato.



A prova material, ainda que ofereça apenas uma via para presunções, goza de alta credibilidade por sua natureza casual e por sua contemporaneidade e na justa medida em que se percebe que, de fato, originou-se espontaneamente (tão espontaneamente quanto um vestígio), de uma só vez ou aos poucos, mas sempre contemporaneamente (tão contemporaneamente quanto um vestígio) ao fato que afirma, ao fato cuja existência sugere.

Por tal razão, a prova material, como qualquer elemento de prova, é um aliado da parte na comprovação do fato constitutivo de seu direito.

Dizer que a comprovação de determinada circunstância fática prescinde de um início de prova material (como, por exemplo, a união estável ou a dependência econômica) não implica reconhecer que a tarefa da parte resta facilitada. Por exigência legal ou não, o que se trata é de levar aos autos elementos de prova hábeis a formar o convencimento do magistrado, hábeis a demonstrar que a parte cumpre todos os requisitos para a obtenção da prestação previdenciária pretendida. E para esta tarefa, a prova material, por seu elevado quilate de credibilidade, é dizer, pela segurança que costuma inculcar, será sempre uma pedra de ajuda na compreensão dos fatos, não uma pedra de tropeço à tarefa de comprovação.

### 7. Referências

- BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Editorial Comares, 2001, Tradução para o espanhol: Manuel Osorio Florit, p. 21.
- CAMBI, E., *Direito constitucional à prova no processo civil*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- CASTRO, C. A. P e LAZZARI, J. B., *Manual de Direito Previdenciário*, São Paulo: LTR, 5ª edição, 2004.
- CORREIA, M. O. G e CORREIA, E. P. B., *Curso de Direito da Seguridade Social*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- GOUVÊA, L. M. T. E WRONSKI, A. P. V. , *O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho – revivendo um velho mote*, in LTr., São Paulo, nº 65-07, p. 779, jul. 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINEZ, W. N. O salário-base na previdência social, São Paulo: LTr, 1986, p. 349.
- ROCHA, D. M. e BALTAZAR JUNIOR, J. P., *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006,
- SERAU JUNIOR, M. A., *Curso de processo judicial previdenciário*, São Paulo: Método, 2ª edição, 2006, pp. 151-156.
- LOPES, J. B. *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das provas em matéria criminal*, Vol. I, Tradução de Paolo Capitanio, Ed. Bookseller, 1996.





NERY JUNIOR, N. *Código de Processo Civil Comentado : e Legislação extravagante : atualizado até 7 de julho de 2003 / Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery – 7ed. ver. e ampl.:* São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial.* Volume 1. São Paulo : Saraiva, 1983.

SILVA, Moacyr Motta da. *Aspectos probatórios da Carteira de Trabalho e Previdência Social.* São Paulo : LTR, 1997.

TAVARES, M. L., *Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 6ª edição, 2005.



## JUSTIÇA FISCAL E SONEGAÇÃO

**Paulo Vieira Aveline**

Mestrando em Direito do Estado pela PUC/RS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estado Brasileiro como Estado Fiscal. 2.1 Os elementos constitutivos do Estado – uma abordagem sintética. 2.2 A evolução do Estado Moderno Financeiro: o Estado Patrimonial, o Estado de Polícia e o Estado Fiscal. 2.3 O modelo de Estado Financeiro adotado pela Constituição Federal de 1988. 3. O Preço da Liberdade. 3.1 Fins do Estado brasileiro – o Estado Social. 3.2 O tributo como preço da liberdade. 3.3 O dever fundamental de pagar tributos. 4. Justiça Fiscal: elementos para uma compreensão. 4.1 O desenvolvimento do conceito de justiça: uma síntese possível. 4.2 O financiamento e os fins sociais do Estado sob o prisma da justiça. 4.3 A neutralidade fiscal como elemento para a compreensão da Justiça Fiscal. 5. Justiça Fiscal e Sonegação. 5.1 Sonegação fiscal: premissa semântica. 5.2 A proibição de privilégios odiosos em matéria tributária. 5.3 A tutela penal na proteção de bens jurídicos de relevância constitucional. 5.4 A injustiça como fonte de (in)validação da norma jurídica à luz da Constituição Federal de 1988. 5.5 A (in)justiça e (in)validação de normas tributárias e penais que privilegiam a sonegação. 6. Conclusão. Referências.

### 1. Introdução

Este trabalho pretende analisar a evolução histórica do Estado Moderno, com foco no seu aspecto financeiro, apontar, com base na Constituição Federal de 1988, os fins do Estado brasileiro e a fonte principal de financiamento estatal para a consecução desses fins. E, tendo como base esse modelo de Estado eleito pelo constituinte e sendo um dever fundamental pagar tributos a ele imanente, é imprescindível contribuir com elementos para a construção de uma compreensão da noção de Justiça Fiscal. Afinal, o que se pode compreender por Justiça Fiscal? Essa noção encontra sede constitucional? Para, por fim, extrair dessa noção de Justiça Fiscal consequências sobre a (in) validade da legislação tributária e penal que concede privilégios à Sonegação, respondendo à seguinte indagação: são esses privilégios (in) constitucionais?