

O DESAFIO DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

THE CHALLENGE OF DE-JUDICIALIZING SOCIAL SECURITY AND THE CONSTITUTIONAL COMMITMENT TO ACCESS TO JUSTICE

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculada à Graduação e ao Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais, também pela PUC/SP. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri. Procuradora Regional da República. E-mail: zelia.pierdona@mackenzie.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3162-1614>.

JUAN PABLO COUTO DE CARVALHO

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil. Instrutor e Pesquisador da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal. Fundador da @escoladeprevidencia. E-mail: carvalhojp78@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4613-1463>

CARLOS GUSTAVO MOIMAZ MARQUES

Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Adventista – UNASP/EC e do curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Procurador Federal. E-mail: cgmoimaz@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7743-7866>.

RESUMO

O presente artigo objetiva examinar a compatibilidade de estratégias normativas de desestímulo à litigância judicial na área de benefícios da previdência social com o direito fundamental de acesso à Justiça. Adotou-se na pesquisa o método dedutivo e as técnicas de pesquisa da revisão bibliográfica, da consulta a dados oficiais, bem como a análise de normas jurídicas e da jurisprudência consultada. A hipótese é de que, dentro de um acervo multifatorial de concausas, a existência de incentivos econômicos exagerados ao ajuizamento de demandas contribui para a crescente judicialização de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social. A conclusão é no sentido de que as normas processuais devem propiciar um ambiente normativo de incentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta, cabendo ao legislador selecionar de forma razoável e proporcional os desestímulos econômicos à judicialização que se mostrem adequados ao princípio constitucional do acesso socialmente responsável à Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Análise Econômica do Direito; Judicialização Previdenciária.

ABSTRACT

This article aims to examine the compatibility of normative strategies to discourage judicial litigation in the area of social security benefits with the fundamental right of access to justice. The deductive method and research techniques of bibliographic review, consultation of official data, as well as the analysis of legal norms and consulted jurisprudence were adopted in the research. The hypothesis is that, within a multifactorial collection of cases, the existence of exaggerated economic incentives to file claims contributes to the increasing judicialization of benefits under the General Social Security Regime, administered by the National Institute of Social Security. The conclusion is that procedural norms must provide a normative environment of incentives that is compatible with the limits of litigation that society involves, with it being up to the legislator to select in a reasonable and proportionate way the economic disincentives to judicialization that are appropriate to the principle constitutional provision of socially responsible access to Justice.

Keywords: Access to Justice; Economic Analysis of Law; Social Security Judicialization.

1. INTRODUÇÃO

A expansão da garantia constitucional do acesso à justiça e o decorrente aumento da judicialização dos direitos no Brasil, particularmente, no campo dos benefícios da previdência social compõe um fenômeno complexo e multifatorial que

repercute nos efeitos distributivos e de sustentabilidade da principal política pública nacional de proteção de riscos e substituição de renda do trabalho e até na organização, no custo operacional e na eficiência dos serviços dos órgãos públicos diretamente relacionados com esta política.

Conforme registra o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas do Governo Federal (BRASIL, 2019), a magnitude dessa intervenção judicial afeta a implementação da política previdenciária já que, em última razão, o Poder Judiciário substitui a gestão pública em parcela considerável das análises e concessões dos benefícios previdenciário e assistencial.

É verdade que a judicialização massiva é verificada em outros ramos do direito, mas nada se compara à grandeza da litigância judicial de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A participação relativa das concessões judiciais de benefícios operacionalizados pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) cresceu de forma constante durante os últimos vinte anos (CONSTANZI *et al*, 2021). Somente entre 2015 e 2018, houve crescimento de 140% na distribuição de processos relativos a benefícios previdenciários ou assistenciais (INSPER, 2020).

No intervalo de poucas décadas, não seria exagero admitir que o escopo das políticas públicas de administração do Poder Judiciário de expandir o acesso à Justiça¹, com facilidades procedimentais, incentivos econômicos e a ampliação da estrutura orgânica do sistema judicial, cedeu espaço à discussão de propostas para estimular o uso razoável e sustentável desta garantia fundamental.

Bem ilustra essa ideia a evidência de, em 2021, um dos julgamentos de maior repercussão social do Supremo Tribunal Federal (STF) ter versado sobre a constitucionalidade de restrições à gratuidade da Justiça, instituídas pela Lei n.º 13.467/2017, como medida de contenção à litigância judicial no processo trabalhista (ADI n.º 5.766), precedente importante para o estudo da análise econômica do processo e que será aprofundado no desenvolvimento deste trabalho.

1 Na definição de Cappelletti e Garth (1988), o acesso à Justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: (i) assegurar a todos, de forma igualitária, reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios junto ao Estado-juiz; e (ii) produzir, por meio desse sistema, resultados individuais e socialmente justos. Interessa ao presente trabalho a segunda concepção de acesso à Justiça, por se tratar de uma investigação com enfoque consequencialista.

Nesse sentido, a hipótese investigada no presente artigo é de que a aguda judicialização da matéria previdenciária no Brasil, está, entre outras causas, correlacionada aos estímulos legais de litigar sem ou com baixo risco.

Entre estas causas, obviamente, não se ignora, figuram, com igual ou maior significância, as inúmeras deficiências na atividade finalística do INSS, a desinformação do cidadão, aspectos da macroeconomia, o ativismo judicial, entretanto, o foco do artigo é analisar os possíveis incentivos processuais existentes no ambiente de tomada de decisão para o ajuizamento ou não da demanda judicial que influenciam o comportamento litigioso dos sujeitos processuais.

Considerados os interesses privados para litigar, é possível que existam, no ordenamento jurídico nacional, incentivos exagerados ao ajuizamento de demandas previdenciárias, a rivalizar os benefícios sociais trazidos pela litigância com os custos da utilização do sistema de justiça.

Empregou-se na pesquisa o método e as técnicas de pesquisa da revisão bibliográfica, da consulta a dados oficiais, bem como a análise de normas jurídicas e da jurisprudência consultada, adotando-se a premissa investigativa da análise econômica do direito (AED) que “investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada” (ARAKE; GICO JR., 2014, p. 5).

2. O ÊXITO DEMOCRÁTICO DA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA REFLETIDO NO CRESCIMENTO DA LITIGIOSIDADE

A Constituição Federal de 1988 reafirma o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), observado o devido processo legal (art. 5º, LIV), e como corolário concede o *status* de cláusula pétrea ao dever do Estado em prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), o que configura a garantia desse direito subjetivo a todo aquele que comprovar, na forma da lei, a necessidade de litigar gratuitamente em juízo.

A consolidação do acesso à Justiça como direito fundamental da humanidade é



uma conquista histórica, na qual a assistência judiciária para os pobres surge como a primeira “onda” de soluções práticas para garantir ao cidadão a resolução de seu conflito de interesses pelo Poder Judiciário, como aponta Cappelletti e Garth (1988, p. 31/32):

[...] O recente despertar de interesse em torno do acesso à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça”.

Desde a Constituição de 1934, registra Messitte (1967), que o direito à gratuidade da justiça é reconhecido no âmbito constitucional e faz parte do regime de garantias e direitos essenciais para a vida política e social brasileira. Com exceção da Constituição de 1937, silente sobre o assunto, todos os textos constitucionais posteriores reconheceram a importância dessa prerrogativa para os hipossuficientes econômicos, com a finalidade de garantir-lhes o pleno acesso à Justiça.

É dizer, medidas legislativas importantes promoveram em boa hora a ampliação do acesso à Justiça, no Brasil e efetivamente atingiram seu propósito. No entanto, os números e as características dessa expansão precisam ser refletidos, inclusive, quanto ao impacto na efetividade do próprio direito fundamental de acesso efetivo à Justiça, considerando as consequências do aumento da judicialização no funcionamento do sistema de justiça e a cultura que imprime no comportamento litigioso dos agentes sociais.

De acordo com os dados compilados no “Justiça em Números” (CNJ, 2020b²), o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019³ com 77,1 milhões de processos em tramitação, apesar dos mais de 35 milhões de processos baixados, o que equivale a aproximadamente um processo para cada três habitantes. É verdade que o número confirma a tendência de baixa do acervo desde 2017 (CNJ, 2020b). A redução do acervo,

2 A maioria dos dados sobre o Poder Judiciário mencionados neste capítulo do artigo foi extraído do periódico Justiça em Números, publicado, anualmente, desde 2004, considerado pelo Conselho Nacional de Justiça como a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário.

3 Neste artigo, quanto aos números da judicialização, elegeu-se como parâmetro principal o ano-base de 2019, pois, em 2020 e 2021, os números do Poder Judiciário foram impactados por um evento temporário, qual seja, os efeitos da pandemia da COVID (CNJ, 2021), a revelar a diminuição da demanda pelos serviços de justiça em 2020.

entretanto, não deriva da diminuição de novas ações ajuizadas, mas sim do aumento da capacidade do Judiciário em concluir processos.

Realmente, o número de novos ajuizamentos anuais, termômetro do apetite da sociedade pela resolução judicial de conflitos, segue crescendo, o que mudou é que, nos últimos anos, o Judiciário tem conseguido produzir quantitativamente mais, o que se deve muito à digitalização de procedimentos, às políticas de metas adotadas pelo CNJ, e, provavelmente, ao advento do novo CPC que prestigiou a resolução massiva de conflitos, a partir da definição de teses em recursos representativos da controvérsia de observância obrigatória pelas instâncias ordinárias.

Durante o ano de 2019, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 30,2 milhões de processos e foram baixados 35,4 milhões⁴. Houve crescimento dos casos novos de ajuizamento em 6,8%, com aumento dos casos solucionados em 11,6%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça como o volume de processos baixados atingiram, em 2019, o maior valor da série histórica (CNJ, 2020).

Para sustentar esse regime de produção, no ano de 2019, a despesa total com o Judiciário brasileiro foi de R\$ 100,2 bilhões⁵, aumento de 2,6% em relação a 2018, correspondendo a 1,5% do PIB nacional, ou a 2,7% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em 2019, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 479,16 por habitante, mais de R\$ 100,00 a mais, por pessoa, do que no ano de 2009 que foi de R\$ 351,52 (CNJ, 2020b).

Dos mais de 100 bilhões de reais em despesas totais do Judiciário em 2019, os cofres públicos receberam de retorno, no mesmo ano, em decorrência da atividade jurisdicional, cerca de R\$ 76,43 bilhões, um recurso correspondente a 76% das despesas efetuadas. Esse foi o maior montante auferido na série histórica. Somente nos anos de 2009 e 2018, a arrecadação havia superado o patamar de 60%. É dizer, os custos de manutenção do Poder Judiciário superam sistematicamente os ganhos econômicos

4 Durante o ano de 2021, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 27,7 milhões de processos e foram baixados 26,9 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10,4%, com aumento dos casos solucionados em 11,1%.

5 Para o orçamento de 2020, as despesas totais do Poder Judiciário nacional foram de R\$ 100,06 bilhões de reais, (1,3% do PIB) o que representa – em valores atualizados pelo IPCA – uma diminuição de 4,5% em relação aos gastos de 2019. Entretanto, como explicado na nota anterior, preferiu-se eleger como parâmetro o ano-base de 2019, pois, em 2020 – e consequentemente em 2021 – os números do Poder Judiciário foram impactados pelos efeitos da pandemia da COVID (CNJ, 2021).

diretos advindos da sua atividade finalística⁶.

Décadas depois do advento dos Juizados Especiais, criados deliberadamente com o propósito de “abranger à demanda reprimida de conflitos sociais que enfrentava diversos obstáculos para alcançar sua resolução por meio do sistema de justiça⁷” (CNJ, 2020a, p. 102), continuou crescendo o volume de ações novas ajuizadas neste rito especial, com elevação, em 2019, de mais de 50% no quantitativo de novas demandas (CNJ, 2020a), a sugerir que, além da demanda reprimida, o ambiente institucional estimulou o surgimento de outros litigantes.

Segundo o relatório Justiça em Números (CNJ, 2020b), mais de 7 milhões de casos novos chegaram aos juizados especiais (estaduais e federais) em 2019, e a demanda não apresenta qualquer sinal de arrefecimento na série histórica apresentada desde 2015. Ainda que o grande volume de processos na Justiça Estadual siga com certa estabilidade nos últimos quatro anos, chegando a uma ligeira queda de 4%, na Justiça Federal o crescimento foi de 81,3% nesses últimos quatro anos.

O crescimento da judicialização em matéria de benefícios da previdência social se destaca entre todos os ramos do direito.

O expressivo aumento da litigiosidade na Justiça Federal decorre, primordialmente, da evidência de a Previdência Social, na face representada pelo INSS, ser o tema mais judicializado em varas e tribunais federais do país, tendo alcançado 57,9% dos casos ajuizados em âmbito federal (INSPER, 2020) e o resultado disso é que a despesa decorrente de emissão judicial, entendida como o valor da emissão do conjunto de benefícios que foram concedidos com base em decisão judicial, passou de menos de R\$ 1 bilhão, em 1995, para patamar superior a R\$ 80 bilhões, nos anos de 2019 e 2020, o que representa um crescimento anual médio de quase 20% a.a. (BRASIL, 2021).

Dados recentes levantados por Constanzi *et al* (2021) apontam que a

6 Não se pode ignorar os ganhos indiretos proporcionados pelas atividades do Judiciário, como a manutenção da estabilidade jurídica e social. Explicam Fux e Bodart que “Os benefícios sociais da operação do sistema de justiça resultam do controle da conduta humana possibilitada pela existência de um mecanismo estatal responsável pela aplicação da lei” (2021, p. 35/36).

7 “Os legisladores responsáveis pela criação dos juizados tinham como objetivo ir além do mero redirecionamento de causas “mais simples” ou de “pequenas causas”, pois voltavam-se principalmente para a reforma do Judiciário na incorporação de preceitos como o acesso à justiça” (CNJ, 2020b).

participação relativa das concessões judiciais de benefícios operacionalizados pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) cresceu continuamente e de forma relevante nas duas primeiras décadas do Século XXI, a corroborar a evidência de a concessão administrativa total ter crescido ao ritmo médio anual de 2,85%, entre 2001 e 2020, enquanto a judicial teve incremento médio anual de 17,5%.

A participação das concessões judiciais em relação ao total de benefícios concedidos do INSS, de acordo com o levantamento de Constanzi *et al* (2021), cresceu de 1,9%, no ano de 2003, para cerca de 12,9% em 2020. É dizer, para cada 50 benefícios concedidos pelo INSS um deles tinha como origem uma decisão judicial em 2004 (1/50). Em 2020, a proporção é de aproximadamente uma concessão por decisão judicial em cada oito concessões (1/8).

Não por acaso, umas das características da lide previdenciária é a gratuidade da assistência judiciária, seja porque a maioria das demandas tramitam no rito dos Juizados Especiais Federais⁸, seja pela faixa de renda média dos segurados do RGPS⁹, a ensejar enquadramento presumido nos critérios subjetivos de concessão da benesse, mesmo nas lides em curso fora dos Juizados.

Os impactos da hiper litigiosidade repercutem na organização e no custo operacional dos órgãos diretamente relacionados com o tratamento da judicialização. No campo da Previdência social, dados disponíveis no Acórdão TCU n° 2.894/2018, relativos a 2016, estimam que o custo operacional da judicialização dos conflitos relativos aos benefícios concedidos pelo INSS, calculado pela equipe de auditoria foi de R\$ 4.66 bilhões, que corresponde a aproximadamente 24% do custo operacional total dos órgãos envolvidos (Justiça Federal, Procuradoria-Geral Federal, INSS e Defensoria Pública da União).

No que diz respeito ao custo com a alocação de servidores, o relatório do TCU (2018) indica que, na Justiça Federal, 59,6% dos magistrados de 1ª e 2ª instância

⁸ Estima-se que 70,6% do total de demandas ajuizadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais é de natureza previdenciária (IPEA, 2012), logo, isenta de custas e honorários advocatícios na primeira instância.

⁹ Mesmo nas demandas previdenciárias ajuizadas no rito comum é corriqueira a concessão da justiça gratuita à parte autora, por prevalecer o entendimento de que a percepção de renda mensal até o equivalente ao teto de salário-de-contribuição do RGPS – R\$ 7.087,22, a partir de 1º de janeiro de 2022 – presume a necessidade da assistência judiciária gratuita. Nesse sentido, ver o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n.º 50360753720194040000/TRF4, julgado em 30/09/2021.

estariam dedicados ao tema (ainda que não exclusivamente), em contraste com 37,7% dos servidores. Na Procuradoria-Geral Federal há mais da metade (53,9%) da força de trabalho mobilizada para tratamento do assunto. A situação reflete a significativa absorção de custos operacionais e com servidores dos órgãos envolvidos com a judicialização examinada.

Para melhor ilustrar o incrível custo operacional da judicialização previdenciária, o relatório do Tribunal de Contas da União (2018, p. 24) concluiu que, no exercício de 2016, o custo unitário de um processo judicial foi mais de quatro vezes maior que o custo unitário de um requerimento administrativo.

Em suma, apenas em 2016, o custo processual do sistema de judicialização foi de R\$ 4,66 bilhões, montante que equivale a 59% do custo operacional total do INSS (de R\$ 7,76 bilhões), sendo que a autarquia previdenciária analisou seis vezes mais requerimentos e concedeu sete vezes mais benefícios em relação ao sistema de justiça. Enquanto a tramitação de um requerimento administrativo custou, em média, cerca de R\$ 894,00, um processo judicial de 1ª instância custou R\$ 3.734,00, em média (TCU, 2018).

O gigantismo dos números e a tendência de alta ainda presente – de 2015 a 2018, houve crescimento de 140% na distribuição de processos relativos a benefícios geridos pelo INSS (CNJ; INSPER, 2020) - coloca a judicialização previdenciária no Brasil como um dos maiores desafios atuais da sociedade e da gestão pública, sugerindo haver uma divergência entre o interesse público e o interesse privado na utilização do sistema de justiça¹⁰.

Muitas estratégias podem, devem e estão sendo adotadas para enfrentar esse estado de coisas. É consensual que uma medida fundamental é o reforço da instância administrativa de apreciação dos requerimentos administrativos, mas tal medida não refrearia a hiperjudicialização, se tomada isoladamente.

Dizer que o alto índice de judicialização previdenciária é passível de solução pela isolada medida de maior investimento na estrutura do INSS (abertura de agências e a contratação de mais servidores), parece tão improvável quanto afirmar que o aumento do número de juízes, tribunais e serventuários aplacaria a cultura demandista verificada no

10 Steven Shavell, professor de Harvard Law School, teria sido o primeiro a trazer à academia jurídica a discussão sobre quando a litigância civil é socialmente benéfica e quando impacta negativamente a comunidade (FUX e BODART, 2021, p. 35).

Brasil.

Ao contrário do que sugere o pensamento intuitivo, estudo da OCDE, citado por Fux e Bodart (2021, p. 32), concluiu, depois de examinar dados de vários países, que não há correlação entre o orçamento alocado para o Judiciário e a sua performance. A rigor, “a melhoria da celeridade e da qualidade da prestação jurisdicional tende a aumentar a demanda”.

Mutatis mutandis, é provável que o incremento da estrutura do INSS, sem qualquer alteração quanto aos incentivos normativos à litigância, quando muito diminuiria o tempo de tramitação dos processos administrativos e os índices de indeferimentos decorrentes de erro evitáveis, sem qualquer interferência quanto ao ímpeto de litigar em razão dos estímulos existentes para tanto.

Nessa linha de raciocínio, passa-se a focar na questão dos incentivos à litigância judicial na previdência, sem ignorar ou menosprezar a existência de outras concausas.

3. REGIME DE INCENTIVOS ECONÔMICOS DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Antes de focar na causalidade, alvo do presente artigo (incentivos processuais), cumpre pontuar os fatores que contribuem para a judicialização das demandas previdenciárias, segundo dados apurados em dois estudos de fôlego sobre a questão: (i) auditoria realizada pelas equipes técnicas do Tribunal de Consta da União (TCU, 2018), no período de 9/8/2017 a 30/5/2018¹¹; e (ii) o relatório final da pesquisa “A Judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais”, produzido por pesquisadores do INSPER (2020) com o apoio do CNJ¹².

11 Nesta auditoria, a principal fonte de informação para identificar os fatores que contribuem para a judicialização foram respostas e comentários obtidos nas pesquisas realizadas por meio de formulário eletrônico. Foi realizada pesquisa com magistrados da Justiça Federal que atuam na área previdenciária e com Procuradores Federais da PGF/AGU. Uma crítica que pode ser feita ao levantamento do TCU (2018) foi não ter ouvido representantes da advocacia privada e da Defensoria Pública da União, a conferir perspectiva diferente quanto aos fatores da judicialização previdenciária. No estudo do INSPER (2020), é citada a participação da OAB.

12 Esta pesquisa vasculhou dados de mais de 9.25 milhões de processos administrativos e 593.772 concessões judiciais, do período entre dezembro de 2018 e dezembro de 2019, assim como dados administrativos agregados para os dez anos anteriores; dados de gestão processual da justiça superior a 9 milhões de processos judiciais entre 2015 a 2019; textos de decisões judiciais referentes a 1.33 milhões de processos entre 2015 a 2018; e entrevistas semiestruturadas com 47 representantes dos sistemas de justiça e previdenciário.

No levantamento do TCU (2018), os principais fatores apontados por 348 magistrados e 844 procuradores federais foram, em ordem de importância: (i) **os incentivos processuais à litigância** e (ii) a divergência de entendimento entre o INSS e o Poder judiciário, seja em matéria de fato, seja na interpretação de normas previdenciárias; (iii) **preferência dos advogados privados pela judicialização em detrimento da solução na via administrativa**; (iv) outros fatores; (v) problemas relacionados à legislação vigente; (vi) erro do INSS na análise administrativa do benefício.

A investigação do INSPER (2020, p. 148) releva, por sua vez, os seguintes resultados principais:

- (i) a intensidade e o perfil da judicialização da previdência estão relacionados às condições socioeconômicas locais, como nível de renda e desenvolvimento do mercado formal de trabalho; (ii) parte da judicialização da previdência decorre de problemas de coordenação entre o INSS e Judiciário, sobretudo para incorporação de novos entendimentos jurisprudenciais pelo INSS, o que é claro tanto nos resultados quantitativos quanto qualitativos referentes à concessão do BPC; (iii) há descompasso entre as perícias do INSS e do Judiciário, o que reflete uma judicialização mais intensa e desfavorável ao INSS em casos que envolvem perícia administrativa; (iv) nos últimos dez anos houve redução do quadro de pessoal técnico e de procuradores do INSS, o que está associado ao aumento do tempo médio de análise de benefícios e à judicialização pela demora da autarquia em responder às solicitações dos segurados.

Embora não seja mencionado nas conclusões principais, a pesquisa do INSPER (2020, p. 87/88), no capítulo 4.3, dedicado aos resultados das entrevistas semiestruturadas com atores do sistema de justiça, menciona os incentivos processuais à litigância entre as causas residuais da hiperjudicialização na previdência social. Veja-se:

[...] Por fim, diversos atores relatam que, ao longo dos anos, consolidou-se uma **cultura da judicialização dos benefícios previdenciários** e assistenciais que levou à formação de uma “**indústria de advogados**” em torno da ineficiência do órgão administrativo, **estimulando os segurados a acionar a justiça para obter o benefício**. Essa situação gera um ciclo vicioso, pois exige que o INSS aloque parte de sua capacidade administrativa para gerir os processos judiciais (Entrevistado 7). Aponta-se que a judicialização tornou-se um nicho de mercado para os advogados, muitos preferindo essa via à solução administrativa, por conta dos honorários advocatícios (Entrevistado 12).

Há casos, inclusive, nos quais evidentemente o segurado não faz jus ao benefício e, mesmo assim, ajuíza-se a ação — comportamento que, segundo um entrevistado, não se observa na atuação da Defensoria (Entrevistado 8). **Além disso, a ausência de pagamento de custas para o ajuizamento da ação**

facilita a judicialização. Buscando soluções para esse problema, um entrevistado menciona que é necessário pensar em um formato no qual haja uma provocação mais responsável do Judiciário (Entrevistado 9).

Nesse sentido, **deveria haver um sistema que estimulasse a litigância de benefícios previdenciários, em especial os por incapacidade, o estímulo adviria do baixo custo em se ajuizar a demanda bem como da gratuidade da perícia judicial** (Entrevistado 13). Nesse raciocínio, os entrevistados traçam um paralelo com a justiça do trabalho, que eliminou 50% de seus processos por onerar o autor (Entrevistado 36), em contraste com uma certa tradição da Justiça Federal em reconhecer a gratuidade (Entrevistado 33). (grifo nosso)

Os achados de campo do INSPER (2020) convergem com as informações apuradas pelas equipes técnicas do TCU (2018) que, depois de consultarem centenas de magistrados e procuradores federais envolvidos diretamente com a litigância de benefícios, apontaram os “incentivos processuais à litigância” entre as causas mais relevantes à judicialização previdenciária. Por incentivos processuais à litigância compreende-se, entre outros, a questão da gratuidade de justiça. Na pesquisa com os magistrados e os procuradores (TCU, 2018), as notas neste quesito, na escala de 0 a 10, foram 8,3 e 8,9, respectivamente.

É dizer, as pesquisas do TCU e do INSPER¹³ indicam que os atores do sistema judicial elegem entre as mais relevantes causas da judicialização na área de benefícios previdenciários à facilidade de acesso ao Judiciário, autorizando a reiteração indiscriminada e ilimitada de requerimentos sem riscos ou ônus à parte autora.

A correlação positiva, mencionada nas pesquisas referidas, parece encontrar respaldo teórico e empírico em investigações promovidas pela análise econômica do direito que percebe as leis como sistemas de incentivos que influencia na tomada de decisão dos sujeitos processuais.

A propósito, André Studart Leitão é assertivo (2020, p. 19/20):

[...] se as leis são sistemas de incentivos, e as pessoas reagem a incentivos, por que asações são deflagradas? Argumento que a instauração de um processo pressupõe uma análise racional de custo-benefício. Vale dizer, as pessoas somente ajuízam demandas quando a potencialidade do êxito justifica os custos do processo, afinal a perda certa é um poderoso obstáculo para o ganho potencial. Litigar sem nenhum risco (risco zero) de perder dinheiro é um

13 Na mesma direção dos resultados das pesquisas do TCU e INSPER, pode ser citar ainda estudo do IPEA ainda não divulgado, no entanto, citado no relatório do Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas (BRASIL, 2019) sobre a judicialização dos benefícios administrados pelo INSS.

extraordinário facilitador para os litígios judiciais. A inexistência de “risco de condenação por tentativa infundada” leva as pessoas a empreenderem aventuras processuais.

Num primeiro olhar, a estruturação das regras que regem o processo judicial previdenciário, notadamente, as políticas legislativas de custas, gratuidades, isenções judiciárias, o sistema dos Juizados Especiais Federais, a instabilidade jurisprudencial, as singularidades do “disfuncional” mercado de advocacia brasileira¹⁴, entre outros fatores de natureza institucional e cultural, formam um poderoso sistema de incentivos à judicialização. Para Leitão (2020, p. 55), as facilidades para litigar em matéria previdenciária perpetua “o mito de que o processo judicial é grátis, e anula uma resistência natural ínsita a quaisquer condutas humanas: o medo de perder dinheiro (aversão à perda)”.

Nas ações previdenciárias, mormente, em trâmite nos Juizados, não é exagero afirmar que o risco é praticamente nenhum na tomada de decisão em propor ação judicial, seja quanto ao pagamento de custas processuais, honorários periciais, honorários advocatícios sucumbenciais e até mesmo honorários advocatícios contratuais, pois, como sustenta Leitão (2020, p. 102), “adesvalorização considerável do mercado da advocacia, causada em larga medida pela quantidade de profissionais disponíveis, remodelou as diretrizes dos contratos de honorários”.

Na relação entre os processos arquivados com assistência judiciária gratuita e o número de habitantes, o Relatório Justiça em Números (CNJ, 2020b) registra aumento na série histórica, atingindo o maior indicador no ano de 2019, de 3.065 processos arquivados com assistência judiciária gratuita por cem mil habitantes. A concessão da AJG cresceu entre os anos de 2015 e 2018, porém reduziu em 2019. O índice de

14 FUX e BODART (2020, p. 33/34): “Outro sintoma da disfuncionalidade da justiça civil no Brasil diz respeito ao mercado de advocacia. O País possui mais faculdades de direito que todas as outras nações do mundo somadas: mais de 1.400 (mil e quatrocentos) cursos. O número de advogados ultrapassou a marca de 1 (um) milhão, fazendo do Brasil um dos lugares com maior densidade de advogados do mundo: aproximadamente um advogado a cada 209 (duzentos e nove) habitantes. [...] o elevado número de advogados, em si, não constitui um problema. [...] Entretanto, o elevado número de advogados passa a ser disfuncional quando decorre de incentivos em excesso para litigar e reduzir a previsibilidade do Direito – cuida-se de mais uma consequência negativa de sistemas demasiadamente expostos ao *rent-seeking*. Da mesma forma, seria disfuncional um número reduzido de advogados caso isso decorresse, por exemplo, da imposição de um ditador para que seu regime não se sujeitasse ao escrutínio de profissionais jurídicos”.



crescimento foi de 27% em 2015, atingiu 34% em 2018 e caiu para 31% em 2019¹⁵.

A revogação da assistência judiciária gratuita não é sanção prevista nem mesmo para o litigante de má-fé, apesar de ele estar sujeito às hipóteses e penalidades dos art. 80 e art. 81 do Código de Processo Civil¹⁶17.

Com o advento da Lei n.º 13.105, o Código de Processo Civil (CPC) vigente, vários trechos da Lei n.º 1.060 foram revogados, porém sem mudança quanto à demonstração da condição de necessitado, para fins de obtenção da gratuidade, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural¹⁸, de modo que, como regra, ao juiz somente é autorizado indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes dessa medida, determinar que a parte faça a comprovação de que atendeu os referidos pressupostos (art. 99, §§1º e 2º).

A abrangência dos custos assumidos pelo Estado para o cumprimento da garantia constitucional de assistência jurídica integral e gratuita em favor daqueles comprovarem insuficiência de recursos é revelada no extenso rol de cobertura do art. 98, §1º, do CPC. Os incentivos à litigância judicial ainda abrangem os entes de direito público, em todos os níveis federativos, os quais gozam de regime de gratuidade das taxas e custas judiciárias quando em disputa judicial.

Arake e Gico Jr. (2014, p. 15), ao mencionarem estudo empírico que dá conta que as ações sem a gratuidade de justiça foram exitosas num percentual de 116% maior do que naquelas em que ocorreu a concessão do benefício da assistência jurídica gratuita, concluem: “a gratuidade de justiça não amplia, necessariamente, o acesso ao Judiciário ao juridicamente pobre, mas apenas reduz o risco de sucumbência das ações

15 Não considerados os processos criminais e de juizado especial da base, que, pela natureza dos ritos, gozam de isenção legal de custas processuais. Verifica-se uma diminuição na série histórica em 2020, com manutenção do patamar alcançado em 2021, chegando-se a 2.197 arquivados com assistência judiciária gratuita por cem mil habitantes (CNJ, 2022).

16 Cfr. Jurisprudência em teses (STJ), Edição 148: Gratuidade Da Justiça- I.

17 O art. 4º, §1º da Lei n.º 1.060/1950, denominada de Lei de Assistência Judiciária, prevê pena de pagamento de até o décuplo das custas judiciais, para aquele que, maliciosamente, postular a justiça gratuita sem os pressupostos legais de concessão. Entretanto, pesquisa empírica feita por Arake e Gico Jr. (2014) verificou que a multa não é aplicada de modo significativo pelos magistrados.

18 A 4ª Turma do STJ considerou, para a concessão do benefício da gratuidade de justiça aos microempreendedores individuais (MEI) e empresários individuais (EI), que, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira (presunção relativa) (REsp 1.899.342, julgado em 26/04/2022).



ajuizadas; estimulando o ajuizamento de ações frívolas e temerárias”.

A corroborar com esse entendimento, o Relatório Justiça em Números associa a redução do volume total de processos da Justiça do Trabalho, que glosou um milhão de processos do seu estoque nos anos de 2018 e 2019, às alterações legais promovidas pela reforma trabalhista, ao deduzir que “a redução dos processos ingressados na Justiça do Trabalho pode estar relacionada à reforma trabalhista aprovada em julho de 2017, a qual entrou em vigor em novembro daquele ano” (CNJ, 2020b, p. 93).

No mesmo sentido, Ferreira (2020) analisou dados sobre o número de processos novos abertos na Justiça do Trabalho, em séries mensais, no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018 e os resultados revelaram que a reforma implantada pela Lei n.º 13.467/2017 impactou o volume de novas demandas na Justiça do Trabalho, com redução de 51% no número de processos ajuizados, no período pós-choque¹⁹.

A hipótese de Ferreira (2020, p. 11) é na direção de que:

A lei 13.467/2017 pode ter reduzido o número de ações demandadas na Justiça do Trabalho ao nível “real”, eliminando o uso desnecessário da justiça simplesmente por ser gratuita. Na teoria econômica esse fato é conhecido como efeito seleção, onde paga mais quem mais precisa ou usa mais (Ashraf, Berry & Shapiro, 2010). Esse entendimento está alinhado ao que ocorre em Portugal em relação ao seu sistema de saúde pública, em que são cobradas taxas moderadoras, para evitar o uso desnecessário do sistema.

Não bastassem os estímulos legais, verifica-se que a jurisprudência, não raro, retroalimenta os incentivos processuais à litigância ao firmar entendimentos que maximizam a utilidade da tomada de decisão privada em ajuizar ação judicial para concessão ou revisão de benefício previdenciário. Um dos exemplos mais eloquentes é que, somente no ano de 2014, no julgamento do RE 631.240, submetido à sistemática da repercussão geral (tema 350), o STF pacificou o entendimento de que “A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado”. E, ainda na atualidade, este julgado gera ruídos de aplicação, sendo comum o ajuizamento de demandas previdenciárias sem o adequado acionamento prévio da instância administrativa, como, por exemplo, nos requerimentos realizados sem mínima instrução

¹⁹ Segundo o Relatório Justiça em Números (CNJ, 2021), o número de novas ações trabalhistas ajuizadas por ano foi reduzido de 4,3 milhões, em 2016 e 2017, para 3,5 e 3,0 milhões, em 2019 e 2020.

de documentos.

Igualmente, o STF tem proclamado a exoneração do dever de o demandante devolver valores recebidos indevidamente por decisão judicial revogada, como ocorreu no julgamento do tema de Repercussão Geral n.º 503 que rechaçou a tese revisional da desaposentação²⁰.

Holmes e Sunstein (2019, p. 6/7) alertam sobre como a abertura irrestrita a um direito pode propiciar um ambiente de abuso em seu uso:

[...] E, como qualquer outra pessoa que exerça o poder, o titular de um direito pode sentir tentado a usá-lo para o mal. O direito de um indivíduo de mover ação judicial contra outro é um exemplo clássico. Pelo fato de um direito implicar um poder que pode ser exercido para o bem ou para o mal sobre outras pessoas, esse direito deve ser restrito e devem-se colocar obstáculos ao seu exercício, mesmo que ele seja, ao mesmo tempo, escrupulosamente protegido.

Para Mancuso (2014, p. 67), as dezenas de milhões de processos em curso perante os vários órgãos do Poder Judiciário decorrem, em grande proporção, de “uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do *acesso à Justiça*”. A generalização acrítica da oferta de justiça estatal, acaba provocando três efeitos indesejados: (i) estimula a litigiosidade ao interno da sociedade; (ii) desestimula a solução a busca por meios alternativos de solução de conflitos; e, ainda, (iii) resulta em sobrecarga ao Judiciário.

Na mesma linha, Humberto Theodoro Jr (2005, p. 33) pontua que:

Desde que a consciência jurídica proclamou a necessidade de mudar os rumos da ciência processual para endereçá-los à problemática do acesso à Justiça, houve sempre quem advertisse sobre o risco de uma simplificação exagerada do processo judicial produzir o estímulo excessivo à litigiosidade, o que não corresponde ao anseio de convivência pacífica em sociedade. A proliferação de demandas por questões de somenos representa, sem dúvida, um complicador indesejável. Quando o recurso à Justiça oficial representa algum ônus para o litigante, as soluções conciliatórias e as acomodações voluntárias de interesse opostos acontecem em grande número de situações, a bem da paz social. Se, porém, a parte tem a seu alcance um tribunal de fácil acesso e custo praticamente nulo, muitas hipóteses de autocomposição serão trocadas por litigiosidade em

20 Em sentido contrário, o STJ reafirmou o tema repetitivo n. 692 de que “A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago”.

juízo. É preciso, por isso mesmo, assegurar o acesso à Justiça, mas não vulgarizá-lo, a ponto de incentivar os espíritos belicosos à prática do “demandismo” caprichoso e desnecessário.

Nesse sentido, as discussões em torno do tema acesso à justiça comporta também refletir sobre a “necessidade de melhoria dos métodos de contenção de disputa” (SIQUEIRA e LARA, 2020, p. 1268), o que perpassa por repensar incentivos institucionais e normativos para que as partes, advogados e juízes venham a adotar comportamento cooperativo e coerente com o propósito explícito de desjudicializar, mormente, as questões de contencioso de massa.

Sobre esse ponto, argumenta Wolkart (2021, p. 30):

Acreditamos que, tal como ocorre na tragédia dos comuns, os incentivos naturais do sistema de Justiça induzem os sujeitos processuais a comportarem-se como *free-riders*, ou seja, a maximização das próprias utilidades (benefícios pessoais) sem colaborar com a manutenção do bem (Justiça) par ao resto da sociedade. Não por outra razão, magistrados fundamentam suas decisões de forma inadequada, autores ajuízamações com pouca probabilidade de procedência, partes priorizam a litigância à autocomposição do conflito, advogados e partes não raro litigam de má-fé, juízes e cortes em geral desrespeitam precedentes obrigatórios e devedores recusam-se ao adimplemento de decisões judiciais. Essas e outras posturas não cooperativas geram efeitos sistêmicos, criando e mantendo o cenário de tragédia que impede a conquista dos objetivos do art. 6º do CPC/2015.

Como iniciativa para enfrentar os problemas de judicialização verificados no âmbito do INSS, em 20 de agosto de 2019²¹, a Advocacia-Geral da União, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, a Defensoria Pública da União, o Ministério da Economia, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho e o Instituto Nacional do Seguro Social firmaram a *Estratégia Nacional Integrada para Desjudicialização da Previdência Social* (ENIDP), com o objetivo de construir diálogo interinstitucional para identificação de potenciais conflitos e causas da litigiosidade das questões previdenciárias, e como forma de preveni-los.

21 Publicado no DOU de 22/08/2019, Seção 3, p. 118 e retificação DOU de 23/08/2019, Seção 3, p. 112.

4. PROJETOS DE LEI QUE OBJETIVAM MITIGAR OS ESTÍMULOS AO CONTENCIOSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

Alinhado ao diagnóstico do Tribunal de Contas da União (2018) que atribui aos incentivos à judicialização a causa principal da judicialização previdenciária, o Poder Executivo Federal enviou à Câmara dos Deputados os Projetos de Lei n.º 6.160/2019 (apensado ao PL 5266/2019) e o Projeto de Lei n.º 3.914/2020.

As referidas iniciativas pretendem interferir na arquitetura da escolha do agente privado em opor demanda judicial previdenciária, conforme explicita a Exposição de Motivos n.º 351/2019-ME²², comum aos PLs n.º 6.161/2019 e 3.914/2020:

[...] 7. Com respeito a aspectos previdenciários, são propostas alterações nas Leis^{ns} 10.259, de 12 de julho de 2001, 5.010, de 30 de maio de 1966, e 8.213, de 24 de julho de 1991, de forma a permitir o aprimoramento dos procedimentos administrativos para processamento dos requerimentos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), **bem como instituir mecanismos para mitigar a judicialização inconsequente na matéria previdenciária, conforme conclusão do Tribunal de Contas da União, constante do Acórdão nº 2.894/2018-Plenário.**[...] Entre as medidas apresentadas, de aprimoramento dos procedimentos administrativos para processamento dos requerimentos junto ao INSS, **bem como instituir mecanismos para mitigar a judicialização inconsequente na matéria previdenciária, são disciplinados os procedimentos para a cobrança de honorários advocatícios.** (grifo nosso)

Para os fins do presente trabalho, importa destacar as principais as alterações de natureza processual previdenciária embutidas nos referidos projetos de lei.

A redação final do PL n.º 3.914/2020, aprovado, em agosto de 2021, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, e pendente de apreciação no Senado²³, prevê, em seu art. 2º, que, a partir de 2022, nas ações em que o INSS figure como parte, incumbirá ao autor da ação, qualquer que seja o rito ou procedimento adotado, antecipar o pagamento do valor estipulado para a realização da perícia médica, exceto o autor da ação que, cumulativamente, for beneficiário de assistência judiciária gratuita e,

22 Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MECON/2019/351.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

23 Considerando as informações constantes na consulta pública do referido PL, na data de finalização do presente artigo em 30 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149711>.

comprovadamente, pertencer a família de baixa renda, considerando-se pessoa pertencente à família de baixa renda aquela que comprove possuir: (i) renda familiar mensal per capita de até meio salário mínimo; ou (ii) renda familiar mensal de até 3 (três) salários mínimos.

A inovação pretendida na referida parte do PL examinado corresponde à fixação de critério objetivo de renda a ensejar a presunção do direito à AJG na lide previdenciária, pois, na atualidade, apesar de o CPC delimitar o benefício às pessoas “com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”, não fixa critérios objetivos de renda para caracterização do direito, deixando à jurisprudência a tarefa de estabelecer critérios que levem em conta a situação financeira real da parte interessada, sem ficar presa a modelos objetivos²⁴. Em outras palavras, a concessão da AJG, no processo civil e previdenciário brasileiro, é puramente casuística.

Para Fux e Bodart, “a jurisprudência brasileira é bastante generosa no que diz respeito aos critérios para a concessão da gratuidade de justiça” (2021, p. 30). Para corroborar essa afirmação, mencionam que, não obstante prevaleça o entendimento de que a presunção de pobreza deva ser aferida em cada caso concreto, é bastante comum a adoção do parâmetro da remuneração líquida que chega até dez salários-mínimos do requerente, o que, a título de comparação, de acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua do terceiro trimestre de 2017, abrangeria 98% (noventa e oito por cento) da população brasileira²⁵.

Numa interpretação conforme a Constituição Federal, compreende-se que a proposta inverte parcialmente a regra da distribuição do ônus da prova, transferindo ao

24 Cfr. STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp nº 1.463.237, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 16.02.2017; STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.706.497, rel. Ministro Og Fernandes, julg. 06.02.2018; STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp nº 1.703.327, rel. Ministra Nancy Andrighi, julg. 06.03.2018.

25 Na ADI 3.629/AP, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que fixava a gratuidade no pagamento de custas processuais junto ao Tribunal de Justiça do Amapá, aos cidadãos que recebessem renda de até dez salários-mínimos. A inconstitucionalidade se deu por faltar competência parlamentar para iniciar o processo legislativo que reduza a arrecadação da taxa judiciária. Do voto do ministro Gilmar Mendes, relator, extrai-se: “...o patamar econômico adotado pelo ato impugnado para conceder a isenção – renda pessoal inferior a dez salários-mínimos – alcança a gigantesca maioria da população do Estado, cuja renda domiciliar per capita, em 2018, segundo o IBGE, era de R\$ 857,00, de modo que seria impossível equilibrar a arrecadação pelo aumento do valor da taxa sobre os poucos não isentos. É demasiadamente que a lei impugnada reduz a fonte constitucionalmente prevista de custeio do Poder Judiciário, prejudicando o exercício material de sua independência e autonomia”.

autor da ação previdenciária com renda familiar mensal *per capita* superior a meio salário-mínimo, ou rendafamiliar mensal superior a 3 (três) salários-mínimos, a responsabilidade de comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”, não bastando, pois, a simples declaração de necessidade do benefício, como a jurisprudência costuma admitir ao aplicar as regras do CPC.

Registre-se que o processo trabalhista, desde o advento da Lei n.º 10.537/2002 que acrescentou o §3º, ao art. 790, da CLT, adota critério objetivo de renda como parâmetro de concessão da AJG. Na redação original do aludido parágrafo, a presunção relativa de hipossuficiência processual configurava-se em favor dos trabalhadores com salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal.

A partir da última reforma trabalhista, introduzida pela Lei n.º 13.467/2017, o critério objetivo de renda passou a percepção de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que, a propósito, em 2022, equivale a menos de três salários-mínimos, constituindo-se, então, em critério mais restritivo ao qual se pretende implantar no processo previdenciário.

Sobre os questionamentos quanto a constitucionalidade do critério objetivo de renda para concessão da justiça gratuita no processo do trabalho, objeto do art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, afirmou o ministro do TST, Ives Gandra Martins Filho, em voto proferido no RR- 1000879-45.2019.5.02.0421, julgado pela 4ª Turma, que exigir a comprovação da hipossuficiência econômica não atenta contra o acesso à Justiça nem nega a assistência judicial do Estado²⁶. Afirma o ministro que:

(...) o que não se pode admitir é que o Estado arque com os custos da prestação jurisdicional de quem pode pagar pelo acionamento da Justiça, em detrimento daqueles que efetivamente não dispõem de condições para isso sem o comprometimento do próprio sustento ou de sua família.

26 Não obstante, a superação da Súmula 463, item I, ainda é controversa no âmbito das Turmas do TST, conforme sugere o RR - 340-21.2018.5.06.0001, julgado pela 2ª Turma que concluiu, em ação ajuizada na vigência da Lei nº 13.467/2017, que, à luz do que dispõe o § 3º do art. 790 da CLT, entende-se que a comprovação a que alude o § 4º do art. 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração de pobreza da parte. Inclusive, em razão destas decisões que têm afastado a aplicação dos §§ 3º e 4º do artigo 790 da CLT, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, ação direta de constitucionalidade (ADC 80) em que defende que o benefício da justiça gratuita, na Justiça do Trabalho, somente seja concedido quando for efetivamente comprovada a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

O PL n.º 6.160/2019, em tramitação na Câmara dos Deputados, é mais amplo que o PLn.º 3.914/2020. Especificamente em relação ao processo previdenciário, propõe alterações no art. 105 da Lei n.º 8.213/91, para prever que (i) a “concessão ou a revisão de benefícios previdenciários por decisão judicial depende de prévio requerimento administrativo do interessado”; e que (ii) a “concessão de benefício com base em documento apresentado após a decisão administrativa do INSS considerará como data de entrada do requerimento a data da apresentação superveniente do documento”.

Quanto à primeira medida, objetiva positivar precedente no mesmo sentido do STF (Tema 350), com o adicional de classificar – resolvendo controvérsia jurisprudencial - como não realizado o prévio requerimento administrativo quando não instruído com todos os documentos necessários à análise do pedido.

A segunda medida, complementar à primeira, pode ter o efeito de neutralizar os efeitos da Súmula 33 da TNU²⁷, a qual representa potencial estímulo à litigância judicial ao desonerar de qualquer prejuízo o segurado que provoca a atividade administrativa do INSS, em busca de concessão ou revisão de benefício, sem a apresentação dos documentos indispensáveis ao reconhecimento do seu direito.

O PL n.º 6.160/2019 repete as restrições à concessão da justiça gratuita a partir da definição de critérios objetivos de renda para presunção de hipossuficiência, nos moldes do PLn.º 3.914/2020, porém, aquele projeto, de maior alcance, não se limita ao processo previdenciário. Inova ao exigir, para qualquer ação no rito dos Juizados Especiais Federais, a apresentação pelo autor do comprovante de habilitação em cadastro oficial do Governo federal instituído para programas sociais como prova de pertencer à família de baixa renda para fins de concessão de AJG.

Em face da demora na tramitação do PL 3.914/2019, o Governo Federal aproveitou-se da tramitação avançada do PL 4.491/2021, que, originalmente, apenas objetivava repassar definitivamente ao Poder Executivo a responsabilidade pelo custeio das perícias médicas judiciais, para acrescentar alterações nas regras do processo

27 A Primeira Seção do STJ (TEMA 1.124) e a própria TNU (TEMA 292), em 2021, afetaram recursos representativos de controvérsia para discutir o termo inicial dos efeitos financeiros dos benefícios previdenciários concedidos ou revisados judicialmente, por meio de prova não submetida ao crivo administrativo do INSS: se a contar da data do requerimento administrativo ou da citação da autarquia previdenciária.

judicial previdenciário, o que acabou se confirmando com a conversão na Lei n.º 14.331, de 04 de maio de 2022.

Basicamente, o art. 2º da Lei n.º 14.331/22, ao alterar o art. 1º da Lei n.º 13.876/2019, atribui ao vencido o ônus de pagamento dos honorários do perito judicial nas ações previdenciárias e assistenciais movidas em desfavor do INSS, salvo se beneficiária da justiça gratuita, nos termos do § 3º do art. 98, do CPC; e o art. 3º da Lei 14.331/2022, ao inserir o art. 129-A à Lei 8.213/91, absorve os critérios processuais propostos no PL 3.914/2019 e acrescenta novas disposições com o objetivo de disciplinar o exercício do direito de ação nos litígios relativos a benefícios por incapacidade.

Sob a perspectiva da compatibilidade com a garantia constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, caput, XXXV e LXXIV, da CF/88), a Lei 14.331, no seu art. 2º, parece fulminar com o ponto mais polêmica do PL n.º 6.160/2019 que pretendia impor o pagamento de honorários mesmo aos destinatários da garantia da gratuidade da justiça, quando, sucumbentes na ação, tivessem obtido em juízo, inclusive em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa.

Nesse particular, a proposta de alteração legislativa coincidia com o teor dos artigos 790-B, caput, e 791-A, §4º, da CLT, introduzidos pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), os quais tiveram a constitucionalidade impugnada pelo Procurador-Geral da República (PGR), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), protocolada sob o n.º 5.766, sob o fundamento de caracterizarem restrições legais ao direito fundamental à gratuidade e, por consequência, ao acesso à jurisdição trabalhista.

No julgamento da ADI 5.766, o ministro Luís Roberto Barroso, relator originário, firme na ideia de que o ambiente normativo influencia o comportamento dos sujeitos do processo, concluiu que “O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva”. Assim, apresentou voto pela procedência parcial da ADI, assentando uma interpretação que resguardava a constitucionalidade dos dispositivos impugnados que, em síntese, consistia nas seguintes teses:

- I) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários aos seus beneficiários.
- II. A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir:
 1. Sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade.
 2. Sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas

remuneratórias. III. É legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

O ministro Barroso, em seu voto, utilizou o ferramental teórico da análise econômica do direito (AED), para concluir que não há desproporcionalidade nas regras processuais questionadas, uma vez que a limitação aos benefícios da justiça gratuita tem como objetivo consequencialista restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho, favorecendo o acesso efetivo à Justiça. A ementa do voto afirma que:

As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público.

A sobreutilização do Judiciário, segundo Barroso, congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais, vale dizer afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à justiça, prejudicando os próprios empregados, dado que a morosidade do processo judicial incentiva os maus empregadores a faltarem com suas obrigações, buscando acordos favoráveis no futuro. Para o ministro, “O Estado tem o poder e dever de administrar o nível de litigância para que permaneça em níveis razoáveis”.

O ministro Barroso citou vários dados sobre o volume de processos e gastos judiciais no Brasil em comparação com outros países, comprovando a excessividade da carga suportada, e analisou possível óbice a direitos constitucionais. Segundo seu voto, não há excessos nas normas questionadas. O eventual pagamento de honorários pela parte sucumbente não envolverá desembolso antecipado por parte do trabalhador, atingindo apenas os valores a serem pagos em juízo. Segundo ele, isso desincentiva demandas irresponsáveis, muitas vezes incentivadas pelos próprios advogados.

Na mesma sessão de julgamento, o ministro Edson Fachin abriu a divergência em relação ao voto do relator e posicionou-se pela procedência do pedido. Ele sustentou que os dispositivos questionados mitigaram em situações específicas o direito fundamental à assistência judicial gratuita e o direito fundamental ao acesso à Justiça.

Para Fachin, as restrições impostas trazem como consequência o esvaziamento do interesse dos trabalhadores em demandar na Justiça do Trabalho, tendo em vista a pouca perspectiva de retorno. Para ele, há a imposição de barreiras que tornam inacessíveis os meios de reivindicação judicial de direitos a hipossuficientes econômicos.

Interessante observar que o voto divergente não desconsidera a possibilidade de que o legislador promova restrições ao acesso gratuito à Justiça. Afirma Fachin que “Ainda que sejam consideradas adequadas, necessárias e razoáveis as restrições impostas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça pelo legislador ordinário (...)”, no caso concreto, os dispositivos impugnados da reforma trabalhista implicariam “esvaziamento do interesse dos trabalhadores, [...] em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido”.

Importante ressaltar que o voto divergente do ministro Fachin rechaçou haver inconstitucionalidade no *caput* do artigo 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/2017, quando simplesmente admite a possibilidade de imputação de responsabilidade ao trabalhadora sucumbente – o que não era previsto no texto revogado da CLT -, pois admitir a imputação é ato distinto de tornar imediatamente exigível tal obrigação do beneficiário da justiça gratuita. Assim, se cessadas as condições que deu ao trabalhador o direito ao benefício da gratuidade da justiça, admite-se a cobrança das custas e despesas processuais.

Contudo, ao final, prevaleceu o voto-médio apresentado pelo ministro Alexandre de Moraes, relator designado para o acórdão, que julgou inconstitucionais os dispositivos relativos à cobrança dos honorários de sucumbência e periciais da parte perdedora beneficiária da justiça gratuita, mas admitiu a cobrança de custas caso o trabalhador beneficiário de AJG falte à audiência inaugural sem apresentar justificativa legal no prazo de 15 dias.

De acordo com o ministro designado relator para o acórdão, a lei estipula condições inconstitucionais para a gratuidade da Justiça, ao partir da presunção absoluta de que um trabalhador, ao vencer determinado processo, já se tornou autossuficiente. A seu ver, as normas apresentam obstáculos à efetiva aplicação da regra constitucional que determina que o Estado preste assistência judicial, integral e gratuita, às pessoas que

comprovem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV).

Por maioria de votos, o colegiado considerou inconstitucionais os dispositivos que estabelecem a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte derrotada (honorários de sucumbência), mesmo que esta seja beneficiária da Justiça gratuita (artigo 790-B, caput e § 4º, da CLT) e o que autoriza o uso de créditos trabalhistas devidos ao beneficiário de justiça gratuita, em outro processo, para o pagamento desses honorários (artigo 791-A, § 4º). Integraram essa corrente os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os achados da pesquisa sugerem que a estruturação das regras que regem o processo judicial previdenciário, notadamente, as políticas legislativas de custas, gratuidades, isenções judiciais, o sistema dos Juizados Especiais Federais, a instabilidade jurisprudencial, as singularidades do “inchado” mercado de advocacia brasileira, entre outros fatores de natureza institucional e cultural, formam um poderoso sistema de incentivos à judicialização.

Nesse sentido, o enfrentamento da crise de hiperlitigiosidade perpassa por repensar, sem prejuízo à garantia do acesso à Justiça, incentivos institucionais e normativos para que as partes, advogados e juízes venham a adotar comportamento cooperativo e coerente com o propósito explícito de desjudicializar, mormente, as questões de contencioso de massa.

Examinou-se algumas propostas de desjudicialização da Previdência Social, notadamente, as que objetivam aprimorar a legislação processual em matéria previdenciária, como é o caso do Projeto de Lei nº 6.160/2019, que positiva a necessidade de prévio requerimento administrativo como condição do ajuizamento da ação previdenciária e restringe a assistência judiciária gratuita apenas para os comprovadamente hipossuficientes. Além da Lei nº 14.331/2022 que acrescentou requisitos à petição inicial em litígios e medidas cautelares relativos a benefícios por incapacidade.

Por haver identidade parcial entre as proposições do PL n.º 6.160/2019 com o teor dos artigos 790-B, caput, e 791-A, §4º, da CLT, introduzidos pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), os quais tiveram a constitucionalidade impugnada pelo Procurador-Geral da República (PGR), na ADI n.º 5.766, analisou-se o posicionamento do STF que declarou a inconstitucionalidade da imposição de pagamento de honorários aos destinatários da garantia da gratuidade da justiça, quando, sucumbentes na ação, tiverem obtido em juízo, inclusive em outro processo, créditos capazes de suportar a despesas, como forma de predizer a sorte daquele Projeto.

Verificou-se que os debates orais e os votos produzidos pelos ministros do STF, na ADI 5.766, revelam-se uma importante fonte de estudo para a Análise Econômica do Direito (AED), configurando-se num exemplo eloquente da abordagem econômica como método para compreender, explicar e predizer as implicações fáticas do ambiente normativo.

A despeito da posição de cada ministro da Suprema Corte, na aludida ADI, observou-se consenso de que é necessário promover uma leitura atualizada e contextualizada sobre os limites da garantia constitucional de acesso à Justiça, de modo que é desejável que as normas processuais propiciem um ambiente normativo de incentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta, cabendo ao legislador proporcionar uma arquitetura de escolha à judicialização que se mostre mais adequada aos interesse da coletividade, sob a perspectiva do acesso socialmente responsável à Justiça.

Logo, é constitucionalmente aceitável que o legislador ordinário imponha restrições ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça, desde que elas sejam adequadas, necessárias e razoáveis, como, por exemplo, a fixação de critérios objetivos na caracterização da hipossuficiência para fins de concessão de assistência judiciária gratuita e maior responsabilização pessoal na hipótese de manejo de demandas frívolas.

REFERÊNCIAS

ARAKE, Henrique; GICO Jr.; Ivo. **De Graça, até Injeção na Testa:** análise juseconômica da gratuidade de justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, pp. 166-178, Jan-



Jun. 2014.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia da Política de Governança Pública**. Brasília, 2018. v. 1 (88 p.)

BRASIL. Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. **Relatório de Avaliação Judicialização dos Benefícios Administrados pelo INSS**. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Coordenação Geral de Estudos Previdenciários da SPREV/MF. **Informe de Previdência Social**, v. 33, n. 3, mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 51.899.342/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.629/AP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Finalizado julgamento virtual: 02/03/2020. DJe de 20/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.766/DF**. Relator designado para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 20/10/2021. DJe de 04/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias:** Julgamento de ação ajuizada pela PGR contrareforma trabalhista é suspenso por pedido de vista, 10.05.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076&ori=1>. Acesso em: 03 set 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n.º 50360753720194040000** – Porto Alegre/RS. Relator: Fernando Quadros da Silva. Afetação: 22/10/2020. Julgamento: 30/09/2021. Acórdão publicado: 11/01/2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Recurso de Revista nº 340-21.2018.5.06.0001/SP**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 19/02/2020, DJe de 28/02/2020.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico dos Juizados Especiais**. Brasília: CNJ, 2020a.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2020b.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2021.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2022.



COSTANZI, Rogério Nagamine *et al.* **Evolução das Concessões Judiciais de Benefícios no INSS.** Informe de Previdência Social, v. 33, n. 6, jun. 2021. MTP: Brasília: 2021.

FERREIRA, Gilberto Santos. **O impacto da reforma promovida pela Lei 13.467/2017 sobre as demandas judiciais de natureza trabalhista.** FUCAPE, 2019. Disponível em: https://anpcont.org.br/pdf/2020_TEC169.pdf. Acesso em: 03 out 2022.

FUX, Luiz; DA RÓS BODART, Bruno Vinícius. **Processo civil e análise econômica.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa. **A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais** (relatório final de pesquisa). Brasília: CNJ, 2020.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LEITÃO, André Studart. **O lado oculto da judicialização da previdência social.** Fortaleza: Ed. do Autor, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, 1967. p. 126-150.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. **Revista Argumentum – RA,** Marília/SP, V. 21, N. 3, pp. 1265-1277, set -dez 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos: porque a Liberdade depende dos impostos.** São Paulo: Martins Fontes, 2019.

TCU - Tribunal, de Contas da União. **Acórdão no 2.894/2018.** Brasília: TCU, 2018.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar decisões melhores sobre saúde, dinheiro e felicidade.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THEODORO JR., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: Insuficiência da Reforma das leis processuais. **Revista de Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** n. 36, jul-ago. 2005. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 03 jan 2022.

WORLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a “Tragédia da Justiça”.** 2ª edição. São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2020.