

**A ATUAÇÃO DO INSS COMO LITIGANTE HABITUAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 631.240¹**

***THE ROLL PLAYED BY INSS AS A REPEAT PLAYER – AN ANALYSIS IN LIGHT
OF THE EXTRAORDINARY APPEAL Nº 631.240***

Ananda Palazzin de Almeida

Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual: Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenado pelos professores Carlos Alberto de Salles e Susana Henrique da Costa. São Paulo/SP. E-mail: ananda.dealmeida@gmail.com

RESUMO: O estudo objetivou identificar se o INSS, como litigante habitual, auferiu vantagens estratégicas com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, conforme o modelo de usuários do sistema de justiça de Marc Galanter. A discussão perpassa o fenômeno da litigância em massa, a forma de atuação processual dos grandes litigantes e põe em destaque os meios pelos quais se debate a relação entre eficiência e acesso à justiça. A pesquisa foi desenvolvida pelo método empírico qualitativo (estudo de caso, entrevista e análise documental), a partir de um marco teórico (Marc Galanter). Ao final, a hipótese de pesquisa foi confirmada.

PALAVRAS-CHAVE: Marc Galanter. Litigância repetitiva. Litigância estratégica. Grande litigante. Fruição de vantagens.

¹ Artigo recebido em 18/03/2020 e aprovado em 05/08/2020.

ABSTRACT: This study sought to identify if the INSS, as a repeat player, obtained advantages in the judgment of Extraordinary Appeal No. 631,240, according to Marc's Galanter typology of parties to the judicial system. The discussion holds relevance to the phenomenon of mass litigation, to the way repeat players engage in conflicts, as well as highlights the means by which the relationship between the principles of efficiency and access to justice is being debated. The examination was conducted using qualitative empiric analysis (case study, interview and documental analysis) and a theoretical mark (Marc Galanter). At the end, the research hypothesis was confirmed.

KEY WORDS: Marc Galanter. Mass litigation. Strategic litigation. Repeat player. Advantages nurtured.

1. INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, o Supremo Tribunal Federal ("STF") decidiu que, salvo hipóteses excepcionais, o jurisdicionado não tem interesse de agir para pleitear a concessão de benefícios previdenciários diretamente ao Poder Judiciário antes de haver a negativa ou a demora da Administração (no caso, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS)².

O julgado ganhou repercussão ao contemplar o debate entre o acesso à justiça, a separação de poderes e a eficiência na prestação jurisdicional, firmando posicionamento no que toca à extensão da atuação do Poder Judiciário para a apreciação de pleitos envolvendo benefícios previdenciários. Trata-se de significativa vitória processual do maior litigante do Brasil³, que perpassou pela mudança do posicionamento do STF acerca da matéria e que repercutirá nas milhares de demandas envolvendo o pleito de benefícios à Autarquia.

A relevância do trato da questão para a sociedade civil, a natureza do pleito deduzido pelo INSS (desjudicialização e acesso à justiça), bem como os possíveis impactos do referido julgamento encontram-se inseridos em um grande debate processual acerca da litigância de

² Recurso extraordinário nº 631.240/MG, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, j. 03.09.2014.

³ Conselho Nacional de Justiça: 100 Maiores Litigantes. Pesquisa desenvolvida em 2011. Extraído de http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf, acesso em 20.7.2015.

massa. O fenômeno da litigância de massa é preocupação constante do sistema judicial, especialmente no que diz respeito à inabilidade estatal de gerir e fazer frente à massa de processos em tempo e de forma satisfatórios, garantindo o acesso dos jurisdicionados à justiça (*gestão e eficiência na prestação jurisdicional*).

Essa questão pode ser analisada por um outro viés (que não o Judicial ou institucional de gestão): o *subjetivo*. Com efeito, um fator que contribui de maneira relevante para a conformação da litigância de massa é o papel desempenhado pelos sujeitos que fazem parte das relações jurídicas processuais dessa natureza⁴. Tal viés foi explorado por MARC GALANTER que, observando o papel das partes no sistema legal norte-americano, apontou:

Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shotters or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time⁵.

Partindo da aludida categorização dos usuários do sistema de justiça, o autor indica que os *repeat players* teriam **vantagens** no sistema quando comparados com o litigante ocasional, as quais podem ter os efeitos ampliados ao serem aplicadas em situações envolvendo uma massa de demandas repetitivas. Tal conduta dos grandes litigantes, além de encontrar respaldo na estrutura institucional dos órgãos que dirimem litígios, impactaria as

⁴ “Qual é então a função do Judiciário nesse sentido de coibir ações futuras? E mais do que isso, pensar na questão de soluções e filtros, dentro e fora do Judiciário. Nesse aspecto, penso que é necessário uma atenção principalmente ao papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no sentido de evitar a litigiosidade de má-fé. Qual é o papel da OAB em reprimir aquele que faz uso do conflito como seu mercado de trabalho? Com relação a isso, há vários agentes que contribuem para essa explosão de litigiosidade, e nem sempre no sentido de democratização, de maior acesso à justiça. Mas no sentido de travamento, engessamento da máquina judiciária. Nesse sentido, quais são as proposições? (...). Quando você olha para a especialização das varas na Justiça Comum nas comarcas do interior, observa o aumento do número de processos entrados. É claro que se há um juiz especializado em determinadas áreas, existe uma maior chance de ter decisões substantivas melhores e mais apropriadas. Mas qual é o efeito disso em termos de tempo e de número de processos entrados no sistema? Esse tipo de análise, esse tipo de causa, nem sempre é levado em consideração porque só existe uma ótica, que é a partir de ampliação do acesso à justiça. Isso também pode significar não redução de demanda, mas ampliação da demanda. E mais do que isso, a questão do efeito perverso que essas medidas de eficiência e gerenciais, que já foi falado inclusive aqui com relação às metas, acabam gerando dentro do processo, na medida em que eu não conheço o processo” (FUNCIONAMENTO E GESTÃO DA JUSTIÇA: ONDE ESTÃO OS ‘GARGALOS’? Seminário Temático com a participação de Paulo Eduardo Alves da Silva, Alexandre dos Santos Cunha e Daniela Gabbay. Extraído de <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Semin%C3%A1rio-Tem%C3%A1tico-1-Gest%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.pdf>, em 15.7.2015).

⁵ Op. cit., 1974, p. 3.

decisões e o funcionamento institucionais na medida em que implicaria a necessidade de que o Poder Judiciário respondesse adequadamente a essa forma de litigância.

No caso examinado, ainda que contrariamente à jurisprudência do STF e não obstante houvesse um aparente contrassenso no pedido que, em tese, atua contra a demora no processamento de demandas que contribui para a posição do grande litigante como réu⁶, o INSS emplacou a tese relativa à necessidade de formulação de prévio requerimento administrativo, desjudicializando uma série de conflitos. Vale notar que o tema da litigância de massa previdenciária e da sua desjudicialização seguiu recebendo enfoque de políticas e iniciativas envolvendo o INSS e o Poder Judiciário até os dias de hoje⁷.

Nesse contexto, adotou-se como finalidade precípua do trabalho a elaboração de resposta ao seguinte problema: **o INSS, na qualidade de litigante habitual, atuou auferindo vantagens ampliadas⁸ no Recurso Extraordinário nº 631.240? A hipótese** proposta para a pesquisa foi a de que, *em conformidade com a tipologia de MARC GALANTER, supõe-se que o INSS é caracterizado como litigante habitual e atuou auferindo vantagens ampliadas no Recurso Extraordinário nº 631.240.*

Para o exame e teste da aludida hipótese, serão expostas as linhas da tipologia de MARC GALANTER dos usuários do sistema de Justiça, que subsidiarão o marco teórico para o contraste com o caso sob exame. Após, serão apresentados os principais argumentos e

⁶ “Thus, overload increases the cost and risk of adjudicating and shields existing rules from challenge, diminishing opportunities each (...) by causing delay (thereby discounting the value of rule-change. (...)) Second, by increasing the difficulty of challenging going practice, overload also benefits those who reap advantage from the neglect (or systematic violation) of rules which favor their adversaries. Third, overload tends to protect the possessor-the party who has the money or goods-against the claimant.e7 For the most part, this amounts to favoring RPs over OSs, since RPs typically can structure transactions to put themselves in the possessor position. Finally, the overload situation means that there are more commitments in the formal system than there are resources to honor them-more rights and rules "on the books" than can be vindicated or enforced. There are, then, questions of priorities in the allocation of resources. We would expect judges, police, administrators and other managers of limited institutional facilities to be responsive to the more organized, attentive and influential of their constituents. Again, these tend to be RPs. Thus, overloaded and passive institutional facilities provide the setting in which the RP advantages in strategic position and legal services can have full play” (GALANTER, Marc, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.*).

⁷ Como exemplo relevante, confira-se a Estratégia Nacional Integrada para Desjudicialização da Previdência Social, nascida de acordo celebrado em agosto de 2019 entre STJ, STF, CNJ, CJP, Ministério da Economia, AGU e INSS: <http://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-Noronha-assina-acordo-de-estrategia-para-desjudicializacao-da-Previdencia-Social.aspx> (acesso em 25.8.19).

⁸ Para a definição das aludidas vantagens adota-se a tipologia de Marc Galanter para o papel e características do litigante habitual, somando-se à questão o termo “*ampliadas*”, no sentido da aplicação estendida e ampla das aludidas vantagens, por se tratar de caso afeito à litigância de massa.

marcos processuais que permearam o recurso extraordinário nº 631.240. Em seguida, será avaliada a qualidade do INSS como *repeat player*, bem como se o referido litigante auferiu vantagens atinentes a tal qualidade do sujeito processual.

Percorrido esse trajeto, foi possível examinar e confirmar a hipótese aventada para o problema de pesquisa, concluindo-se que **(i)** o INSS é *repeat player*; **(ii)** a Autarquia auferiu diversas das vantagens enumeradas por GALANTER; **(iii)** as aludidas vantagens tiveram efeitos ampliados diante da extensão de seus efeitos para a massa de processos envolvendo o INSS. Ainda, foi possível tecer ilações iniciais acerca da equalização do posicionamento desfrutado pelo INSS e pelos segurados (*one-shooters*) no litígio, bem como da adequação da resposta apresentada no que diz respeito à relação da litigância de massa com os princípios da eficiência e do acesso à justiça.

2. A TIPOLOGIA DE MARC GALANTER.

Objetivando analisar a atuação do INSS no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, sob a perspectiva do litigante habitual e do auferimento de vantagens ampliadas, elegeu-se como marco teórico a tipologia de MARC GALANTER para os usuários do sistema de justiça⁹, dentro do contexto do estudo da estrutura dos litígios.

A tipologia, fundada em uma realidade que se mostrou repetida em uma série de locais¹⁰, mostra-se relevante para o estudo por partir do olhar “subjetivo” da estrutura do conflito, isto é, das características e dos papéis desfrutados pelas partes, para melhor entender os contornos da litigiosidade. Dentre os atores envolvidos na aludida estrutura, GALANTER dispensa especial atenção àqueles que se engajam de maneira reiterada em

⁹ A terminologia “usuários do sistema de justiça” na língua portuguesa foi extraída de: ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

¹⁰ A referida teoria ainda é uma referência para os estudos envolvendo a litigância repetitiva, já tendo sido testada em diversos estudos de natureza empírica: como exemplos, podemos citar: HAMZEZHAADEH, Bahaar. *Repeat Player vs. One-Shotter: is victory all that obvious?* (Hastings Bus. Volume 6, 2010 (“The results of this study supports Galanter's theory that classes of litigants with the greatest resources and the lowest relative risk in litigation have the highest rates of success in courts” – p. 259).

disputas similares (os *repeat players* ou litigantes habituais), o que apontaria para a configuração da litigância em massa ou repetitiva¹¹.

No artigo intitulado “*Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change*”¹², MARC GALANTER se propôs a traçar conjecturas sobre a estruturação do sistema legal para identificar sob quais condições a litigância pode ser distributiva¹³. Munido desse propósito, o autor iniciou a sua análise fixando premissas relativas à estruturação do sistema legal¹⁴ a partir das quais passou a identificar atributos e categorizar os usuários do sistema de justiça, a depender da frequência do acesso desses atores às cortes. Tal constância, de acordo com o autor, variaria conforme o tamanho do litigante, diferenças no “state of the law”, bem como os recursos dos quais são dotados¹⁵.

O autor aponta que o litígio seria composto de *repeat players* (doravante indicados por “RPs”) e *one-shotters* (“OSs”), detentores, em síntese, das seguintes características:

Tabela 01: usuários do sistema de justiça

REPEAT PLAYERS (RP) ¹⁶	ONE-SHOTTERS
-----------------------------------	--------------

¹¹ À luz da teoria ora examinada, Maria Cecília de Araujo Asperti bem contextualiza essa questão: “Para fins do presente estudo, tem-se como fator relevante na caracterização de disputas repetitivas o envolvimento frequente de uma das partes em disputas análogas no curso do tempo. (...). Em outras palavras, os casos reconhecidos como repetitivos tipicamente envolvem uma relação entre um ator institucional (poder público, instituições financeiras, concessionárias, grandes empresas) cuja atuação repercute sobre a esfera de direitos de múltiplos atores individuais (o cidadão, o consumidor, o segurado) em grande escala, seja de forma continuada, seja circunstancialmente. Essa perspectiva adota como referência as características das partes e as implicações destas na esfera processual é trazida por Marc Galanter” (Op. cit. p. 36).

¹² GALANTER, Marc. *Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. Law and Society Review, 1974, volume 9.

¹³ GALANTER, Marc, 1974, p. 01.

¹⁴ Como exemplo elenca-se a existência de um *corpo de normas* a serem aplicadas por cortes (“institutional facilities”) das quais participariam *advogados* e partes; a configuração de uma sociedade da qual se origina a litigância composta por atores dotados de diferentes patrimônios, com interesses conflitantes; a existência de previsão normativa para o tratamento imparcial dos litigantes; a complexidade das normas as serem aplicadas pelas instituições, o que ensejaria o uso de intermediários especializados para melhor lidarem com elas; a capacidade dos resultados de um litígio influenciarem outros casos; a insuficiência de recursos institucionais para que haja o julgamento completo de todas os conflitos, fato que encorajaria as partes a celebrarem acordos (GALANTER, Marc, 1974, pp. 01-03). Acerca do trabalho desenvolvido por Galanter, destacam Grossman e Kritzer: “*In that article Galanter attempts to explain the outcome of trial court litigation in essentially structural terms*” (GROSSMAN, Joel B., Kritzer Herbert M. E MACAULAY, Stewart. *Do the “Haves” still come out ahead?*. Law & Society Review, 1999, volume 33, número 4).

¹⁵ GALANTER, Marc, 1974, p. 04.

¹⁶ Discorrendo acerca das características dos RP, Galanter faz uma importante ressalva no sentido de que, embora haja certa coincidência, não se pretende afirmar, em absoluto, que os *haves* (favorecidos em termos de poder, riqueza e status) devem ser equiparados aos RP e os OSs aos *have-nots* (GALANTER, Marc, 1974, p. 09). KRITZER ainda complementa: “*Galanter does not say that members of the dominant class, or organizations with great wealth, always win in litigation. Rather, he focuses on the structural advantages of repeat players, (...). From a law and society perspective, such observations raise questions about the*

São engajados em diversos litígios semelhantes ao longo do tempo ¹⁷ .	Parte que apenas acessa as cortes ocasionalmente.
Os riscos envolvidos em seus casos geralmente são menores do que a visão do todo, do geral, dos casos nos quais se encontram envolvidos.	Os riscos atinentes ao resultado tangível do caso costumam ser maiores do que o cenário completo do litígio. É possível que os custos para a satisfação da pretensão sejam maiores do que a tutela pretendida.
Dada a sua frequente participação em litígios, pode antecipar a superveniência de demandas repetidas. As estratégias legais podem ser modificadas e desenvolvidas de um caso para o próximo ¹⁸ .	Não antecipa transações ou contatos continuados com o seu oponente, por isso, “can do his damndest without fear of reprisal next time around or on other issues”.
Possui recursos suficientes a perseguir os seus interesses por longo espaço de tempo.	Os pleitos seriam ou muito grandes, comparados com o seu tamanho, ou muito pequenos, quando confrontados com o custo das medidas necessárias à satisfação ¹⁹ .
A terminologia não apenas é utilizada para aqueles que efetivamente se engajam em todo litígio – o termo inclui as partes que resistem às demandas judiciais. Destaca, inclusive, que talvez os RP melhores sucedidos seriam aqueles cujos antagonistas optam pela resignação.	

Partindo das diferenças de estrutura e de comportamento dos RPs e OSs, MARC GALANTER aponta duas consequências relevantes para a estrutura dos litígios: **(I)** espera-se que o RP jogue o “jogo do litígio” de modo diferente que um OS; **(II) o RP deteria uma série de vantagens no processo litigioso quando comparado aos OSs**. Tais vantagens, por sua vez, podem ser resumidas da seguinte forma:

- 1) **Advance intelligence**: os RPs poderiam antever o funcionamento de determinadas situações envolvendo litígios, permitindo que possa estruturar-se e atuar em conformidade com as suas experiências; haveria, nesse contexto, habilidade do RP para estruturar uma transação;
- 2) **Expertise**: dada a frequência no engajamento de conflitos, os RPs possuem expertise nos assuntos envolvendo os litígios, tendo, inclusive, acesso a especialistas nas matérias e na busca de soluções. Além disso, os RPs apreciam economias de escala e têm baixos custos para iniciar os casos;
- 3) **Relacionamentos**: os RPs têm oportunidades para o desenvolvimento de relações informais “facilitativas” com atores institucionais;
- 4) **Credibilidade**: os RPs devem estabelecer e manter a sua credibilidade como litigantes²⁰ – tal posição serve como recurso para o comprometimento com as suas posições de barganha;

distribution of legal and political power in a democratic society, the symbolic uses of law, and the impact of the structure of the litigation system on outcomes and the relationships of legal with other social systems” (KRITZER, Helbert e outros, 1999, p. 807).

¹⁷ GALANTER, Marc, 1974, p.3.

¹⁸ KRITZER, Helbert, 1999, p. 804.

¹⁹ Acerca do texto, acrescenta KRITZER “*the one shotter’s claims are too large (relative to their size) or too small (relative to the cost of remedies) to be managed routinely and rationally, but a one shotter’s interest in winning a particular case is very high*” (Idem, p. 803 – g.n.).

²⁰ Ainda: “*Scigliano assigns as reasons for the government’s success in the Supreme Court not only the government’s agreement with the court on doctrinal position but the expertise of the Solicitor General’s Officer*

- 5) **Riscos:** os RPs podem jogar com as chances, ou seja, podem adotar estratégias para maximizar o ganho em uma série de casos, ainda que isso envolva perda considerável (maximum loss) em alguns casos (habilidade para adoção de estratégias otimizadas);
- 6) **Rule making:** os RPs podem visar a ganhos imediatos com o litígio ou à elaboração e mudança normativas (há maior poder de persuasão do RP para as mudanças dada a sua experiência) – os RPs teriam habilidade para objetivar a criação de regras (“play for rules”), tanto na seara política quanto no litígio em si (adoção de estratégias no litígio e política de acordos)²¹;
- 7) **Resultado favorável:** pode ser entendido também como o estabelecimento de normas/precedentes favoráveis que podem influenciar casos similares futuros – entende-se que a existência de baixo risco por caso e uma perspectiva de diversos casos semelhantes estariam mais interessadas no “state of law”²²; dada a expectativa de futuros litígios, os RPs podem optar por realizar acordos (em casos que se mostram aparentemente desfavoráveis) ou prosseguir com o caso no judiciário, caso aparentem ter mais chances de produzirem normas favoráveis)²³;
- 8) **Seleção de normas:** a atuação dos RPs não seria no sentido de buscar a criação de normas (“play for the rules”) *per se*. Os RPs teriam habilidade para concentrar os seus recursos na criação/alteração de normas que tenham efetivo poder vinculante (que promovam efetiva diferença), não sendo compromissos meramente simbólicos (“ability to invest to secure penetration of favorable rules”);
- 9) **Recursos para assegurar normas:** a vinculabilidade ou efetiva aplicabilidade das normas criadas dependem de recursos como conhecimento, foco, serviços especializados e dinheiro dos quais geralmente os RPs são dotados.²⁴

and the credit which the Solicitor General has developed with the Court” (1971:182) (GALANTER, Marc, 1974, p. 8).

²¹ GALANTER, Marc. *Afterword: explaining litigation*. Law and Society Review, volume 9, 1975, p. 347.

²² Interessante observar que “if RP is interested in maximizing his tangible gain in a series of cases 1 . . . n, he may be willing to trade off tangible gain in any one case for rule gain (or to minimize rule loss)” (GALANTER, Marc, 1974, p. 7).

²³ Esclarece ainda o autor “the RP must litigate selectively. He can’t fight every case”. Ainda: “Thus Ross (1970:220-21) notes that insurance companies litigate large cases where, although settlement would be rational from the overall viewpoint of the company, it would create unacceptable career risk to incumbents. Newman (1966:72) makes a similar observation about prosecutors’ offices. 7. Por fim: “Of course it is not suggested that the strategic configuration of the parties is the sole or major determinant of rule-development. Rule-development is shaped by a relatively autonomous learned tradition, by the impingement of intellectual currents from outside, by the preferences and prudences of the decision-makers. But courts are passive and these factors operate only when the process is triggered by parties. The point here is merely to note the superior opportunities of the RP to trigger promising cases and prevent the triggering of unpromising ones. It is not incompatible with a course of rule-development favoring OSs (or, as indicated below, with OSs failing to get the benefit of those favorable new rules)” (Idem, p. 07).

²⁴ *Ib.*, idem, Pp. 3/9

Delineadas as categorias de litigantes, Galanter traça as formas pelas quais as partes podem engajar-se em conflito²⁵, sendo elas: OS v. OS; RP v. RP; RP v. OS²⁶ e OS v. RP²⁷.

A obtenção de resultados favoráveis por meio da implementação dessas vantagens receberia também influências da capacidade das partes de mobilizarem e utilizarem recursos legais (“*legal competence*”²⁸).

Advogados. Galanter ainda analisa os impactos da atuação de advogados no litígio, especialmente no que toca à equalização das posições desfrutadas pelas partes no conflito ou ao eventual impacto dessa atuação na ampliação de vantagens detidas pelo RP. Indagou-se: a presença de advogados equaliza as partes, dissipando as vantagens do cliente RP?

A resposta do autor perpassa pela assertiva de que “*partes que têm advogados se saem melhor*”²⁹, mas evolui de maneira diferenciada para cada espécie de litigante. Enquanto os RPs, sendo “unidades” maiores, teriam poderes para comprar serviços jurídicos em maior quantidade (maiores proporções), de forma mais constante (com conhecimento do histórico do cliente e crescente lealdade a ele) e por preços maiores – fatores que se traduziriam na contratação de profissionais de melhor qualidade –, os OSs seriam assessorados por advogados com baixo prestígio dentro da profissão, que ofereceriam uma gama de serviços estereotipados e despidos de criatividade.

Os RPs, desse modo, em virtude da natureza da relação mantida com os seus advogados, receberiam trabalhos preventivos e especializados, além de aconselhamento

²⁵ KRITZER chama tais apontamentos como “litigation configurations” (KRITZER, Helbert, 1999, p. 804).

²⁶ Segundo o autor, nesta espécie é que se concentraria a maior parte das demandas: “*The law is used for routine processing of claims by parties for whom the making of such claims is a regular business activity. Often the cases here take the form of stereotyped mass processing with little of the individuated attention of full-dress adjudication. Even greater numbers of cases are settled informally with settlement keyed to possible litigation outcome (discounted by risk, cost, delay). The state of the law is of interest to the RP, though not to the OS defendants*” (GALANTER, Marc, 1974, p. 15).

²⁷ Para o autor, a massa dos litígios residiria na terceira espécie, enquanto na quarta as vantagens dos RPs seriam maximizadas (destaque apontado por KRITZER, Helbert, 1999, p. 804). Quanto ao tema, destaca-se a advertência de Maria Cecília de Araujo Asperti no sentido de que: “No contexto brasileiro, contudo, as demandas ajuizadas por litigantes ocasionais em face de litigantes repetitivos também representam um contingente significativo de litigiosidade, especialmente com os juizados especiais cíveis, juizados especiais federais e juizados da Fazenda Pública, que facilitaram o ajuizamento, por indivíduos, de demandas judiciais em face de empresas ou de entes públicos” (ASPERTI, Maria, 2014, nota de rodapé nº 78, p. 38).

²⁸ Destaca-se: “*Nonet (1969: Chap. IV) refers to this as legal competence that is, the capacity for optimal use of the legal process to pursue one’s interests, a capacity which includes information, access, judgment, psychic readiness and so forth*” (ib. idem. p. 9).

²⁹ Tradução livre (“*parties who have lawyers do better*”, op. cit. p. 21).

estratégico amplo³⁰. GALANTER entende, portanto, que as vantagens estratégicas do RP seriam ampliadas pela distribuição dos serviços legais³¹.

Âmbito institucional. As vantagens estratégicas encontrariam ainda relação com dois fatores relacionados com o funcionamento das instituições responsáveis pela gestão de demandas, quais sejam, a passividade e a sobrecarga³².

A **passividade** se conformaria pela inércia das instituições, dada a necessidade de movimentação da máquina pelo interessado, por meio da dedução da demanda, bem como pelo ônus das partes de darem prosseguimento ao caso. Para tanto, seriam requeridas habilidades para a superação de custos e “navegação” pelas regras procedimentais. Considerando que o sistema trata as partes como iguais em termos econômicos e de habilidades legais, mas que a realidade se mostra diversa, conclui-se que “*the broader the delegation to the parties, the greater the advantage conferred on the wealthier, more experienced and better organized party*”³³.

A **sobrecarga**, por sua vez, causaria demora na solução das controvérsias, aumentaria os custos do litígio, induziria os servidores a valorizarem “*clearing dockets*” e as cortes a adotarem regras de natureza restritiva para desencorajar processos. Diminuiria, assim, as oportunidades para mudanças normativas, favorecendo os beneficiários das atuais regras e os detentores de recursos. Conclui o autor: “*Thus, overloaded and passive institutional facilities provide the setting in which the RP advantages in strategic position and the legal services can have full play*”³⁴.

3. METODOLOGIA

Considerando o objetivo de analisar as estratégias adotadas pelo INSS no caso, bem como o contexto que permeou a sua atuação, para aferir qualitativamente se a Autarquia tinha o comportamento de grande litigante, optou-se pela análise de um único caso ao invés da tentativa de comparação com outros, por se supor ser ele representativo do contexto da litigância de massa e do uso de vantagens por um grande litigante brasileiro, denotando ser

³⁰ Op. cit. p. 24

³¹ Op. cit. p. 26.

³² *Ib. Idem.*

³³ Op. cit. p.p. 26/27

³⁴ Op. cit. p. 30.

hipótese apta a ser testada sob o prisma da tipologia de Galanter. A pesquisa foi desenvolvida sob os primas teórico (tendo-se Marc Galanter como marco teórico) e empírico simples qualitativo (dado o volume de dados examinados, levando-se em conta o curto espaço de tempo e o propósito do trabalho), envolvendo o estudo de um caso complementado pela realização de uma entrevista³⁵ e de análise documental³⁶.

4. RESUMO DO CASO E TRAJETÓRIA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No ano de 2008, Marlene de Araújo Santos ajuizou ação em face do INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade na qualidade de trabalhadora rural. A demanda foi extinta em primeiro grau com o indeferimento da petição inicial, por se entender que careceria interesse de agir à autora, que não formulara *prévio requerimento administrativo* para a concessão do benefício previdenciário.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede de apelação, anulou a sentença, indicando que não se haveria de falar no exaurimento da via administrativa como condição para o ajuizamento de ação previdenciária (súmula 213 do TRF)³⁷, sob pena de violação ao acesso à justiça. Segundo o Tribunal, a manutenção da sentença constituiria “entrave burocrático” aos segurados, em desconsideração da prática procrastinatória do INSS³⁸.

³⁵ Optou-se por omitir o nome do Procurador entrevistado neste trabalho para preservá-lo com relação a eventuais considerações funcionais. Por fim, entende-se que a entrevista realizada (à qual o trabalho ficou restrito) com Procurador atuante junto à Advocacia-Geral da União, trouxe auxílio para a compreensão do litígio já que permitiu acesso a determinados dados e conjunturas sob a ótica Autarquia, envolvendo o caso examinado e o contexto estratégico que o permeou, considerando que o órgão é representante do INSS, além do entrevistado ter experiência e participação em programas envolvendo a atuação judicial do INSS e a redução do volume de demandas em Juízo.

³⁶ O estudo de caso abrangeu a análise das peças apresentadas pelo INSS nos autos que originaram o recurso extraordinário, assim como das principais decisões proferidas no feito (julgamento da apelação, dos embargos de declaração, da admissão do recurso extraordinário, da repercussão geral e do mérito recursal) e do caderno de memoriais entregue aos Ministros do STF para o julgamento do recurso. Além disso, assistiu-se à sustentação oral do INSS perante o STF por meio de vídeo disponibilizado na internet e examinaram-se documentos e dados estatísticos mencionados por ocasião do julgamento do RE 631.240, além daqueles indicativos do contexto de atuação da Autarquia no caso, referentes especialmente ao seu objetivo de redução de demandas. Já o arcabouço teórico aplicado fornece suporte para a compreensão do marco teórico que se pretende contrastar com o caso examinado.

³⁷ SÚMULA Nº 213 “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária” (Tribunal Federal de Recursos, DJ 03/06/1986).

³⁸ Apelação cível nº 2008.01.99.058977-3/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, j. 28.01.2009. Os embargos de declaração opostos pelo INSS, por infringentes, não foram providos (EDs em Apelação nº 2008.01.99.058977-3/MG, Relator Desembargador Antônio Francisco do Nascimento, j. 19.8.2009)

Foi, então, contra os referidos acórdãos, que o INSS interpôs o Recurso Extraordinário autuado sob o nº 631.240. Com a remessa do recurso ao STF, participaram do julgamento como *amicus curae* a União Federal, que propugnou o provimento do Recurso, o Defensor Público Geral e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, que pleitearam pelo desprovimento da medida.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240 foi originado de uma dentre as milhares de ações nas quais o INSS suscitou como tese de defesa a necessidade do prévio requerimento administrativo, para que restasse configurado o interesse de agir do segurado no pleito da concessão de benefício perante o Poder Judiciário. O acolhimento da tese implicou a superação do posicionamento então existente em ambas as turmas do STF acerca da matéria³⁹ e colocou em debate a fixação de balizas para a relação existente entre os Poderes Executivo e Judiciário, ao deliberar sobre a violação a dois princípios constitucionais, quais sejam, direito de ação e separação de poderes.

4.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 631.240/MG

Interposição do Recurso Extraordinário e do Agravo. O recurso interposto pelo INSS foi inadmitido na origem, sob o fundamento de que a sua pretensão afrontaria o “entendimento já consolidado no STF, no sentido de que não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário”⁴⁰. O entendimento da Corte foi superado por meio da interposição de agravo em recurso extraordinário. As teses aventadas pelo INSS em ambas as oportunidades podem ser assim resumidas:

Tabela 02: argumentos esposados na via recursal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO	AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
1. Fundamento legal: artigo 102, III, a da Constituição Federal. Artigo 541 e seguintes do Código de Processo Civil. 2. Repercussão geral: elevado número de ações movidas por segurados que não deduziram o pleito na via administrativa. 2.1. Prejuízos advindos dessa	1. Fundamento legal: mesmos artigos. 2. Repercussão geral: elevado número de ações

³⁹ Conforme se verifica da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário em tela (lavra Desembargador Souza Prudente, vice presidência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, j. 9.2.2010). Tal fato também é extraído do julgamento da repercussão geral no RE 631.240/MG: “Não desconheço a orientação atual da Corte sobre o tema, que também conta com precedentes de minha relatoria (...)” (Repercussão Geral no RE 631.240/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 30.11.2010).

⁴⁰ Idem (j. 9.2.2010).

prática para as Procuradorias, Judiciário e Segurados. 2.1.1. Tempo: desgaste em analisar benefícios que poderiam ser rapidamente deferidos na esfera administrativa. Celeridade da esfera administrativa frente à judicial. 2.1.2. Recursos materiais e humanos – incompatibilidade com rapidez e descentralização burocrática da Administração. Aponta <i>números</i> mostrando preponderância de processos na via administrativa. Procuradorias e Judiciário não possuem estrutura logística para substituírem o INSS com vantagens. Executivo detém meios de controle e dados para tentar preservar a uniformidade e segurança jurídica nos critérios de suas decisões – Judiciário desconhece a matéria e fixa, utilizando a sua independência, novos parâmetros de concessão dos benefícios (contrário à uniformidade). 2.2. <u>Relevância social</u>: número de pessoas atingidas pela decisão – benefícios que poderiam ser concedidos com maior presteza. 2.3. <u>Relevância jurídica</u>: certeza na divisão de funções entre os Poderes Executivo e Judiciário. 3. Contrariedade à Constituição: artigos 2º e 5º, XXXV. 3.1. Relação entre condições da ação, acesso à justiça e separação de poderes. Longo transcurso histórico. 3.1.1. Invasão de atribuições pelo Judiciário (a despeito da inexistência de regra de competência específica, há de se analisar a essencialidade da função jurisdicional). 3.1.2. O direito de ação não é ilimitado – deve haver resistência quanto ao mérito. Súmula 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos não deve conduzir à confusão do direito de ação ao direito absoluto a uma sentença de mérito (como supostamente é feito pelo STJ). STF teria entendimento contrário. A sua desconsideração provoca violação a imparcialidade e subsidiariedade da tutela jurisdicional – abuso de direito pelo autor e abuso de autoridade pelo juiz. 3.1.3. Apenas as causas previdenciárias seriam objeto desse entendimento. 3.1.4. Agravamento da situação do INSS como maior usuário da justiça. Supressão do direito de agir importaria ingerência indevida no Executivo, além do aumento do número de requerimentos no Judiciário (enquanto os administrativos – mais de seis milhões ao ano) ficaria estável. 3.1.5. Refutam argumento da distância para acesso a agências do INSS (em comparação ao Judiciário): casos extremos. Fator suplantado pela inferioridade de tempo e recursos para demandar na esfera administrativa. 3.1.6. É inverídica a afirmação de que o INSS indefere quase a totalidade dos benefícios. Uso de dados estatísticos.	que debatem o tema, em especial sob o viés do artigo 2º da Constituição Federal. Inúmeras decisões acerca do tema (admitindo ou negando). Alcance do Sistema Previdenciário é nacional. Impacto financeiro da interpretação do STF no orçamento da Previdência Social. Jurídico: trazer certeza ao tema que acarretou diversos pronunciamentos na Corte. 3. Contrariedade à Constituição. Além de reproduzir os argumentos apresentados no Recurso Extraordinário, enfatizou o trato da matéria pelo STF, apregoando a necessidade de novos debates sobre o tema perante a Corte: “<i>tão poucos foram os debates sobre a constitucionalidade ou não da exigência do prévio requerimento que o tema sequer foi confrontado com a previsão contida no artigo 2º da CF, principal argumento do RE proposto, relacionada com a independência dos poderes</i>”.
--	--

Entrega de memoriais. O “Caderno de Memoriais 2009”⁴¹, entregue aos Ministros para deliberação acerca da repercussão geral, aparenta ter sido relevante para o reconhecimento do tema, conforme se infere do excerto abaixo, de lavra do Ministro Relator Joaquim Barbosa:

Não desconheço a orientação atual da Corte sobre o tema, que também conta com precedentes de minha relatoria (cf., por todos, o RE 545.214-AgR, Segunda Turma, DJe de 26.03.2010)⁴². Não obstante, em material intitulado “Caderno de

⁴¹ Caderno de Memoriais 2009. Produzido por Ana Lúcia de Fátima Bastos Estevão e Outros. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria Federal Especializada-INSS, 2009.

⁴² Referido acórdão destaca o posicionamento então existente no STF sobre o tema e foi assim ementado: **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.** A decisão agravada está em perfeita harmonia com o entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido de afastar a exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário. Agravo regimental a que se nega provimento (RE

Memoriais 2009”, apresentado pelo procurador geral Federal e que certamente é de conhecimento dos eminentes pares, o INSS registra vantagens do prévio exame da matéria previdenciária pelo órgão especializado, com vistas ao atendimento das pretensões dos administrados, nos seguintes tópicos: “1) inexistência de prejuízo financeiro para o interessado (muito ao contrário do que ocorre quando alguém recorre a um advogado e ajuíza uma ação); 2) celeridade em todo o procedimento (...); 3) os servidores da Autarquia são treinados e especializados nessa matéria”.

Os memoriais consistem em um documento elaborado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (PFE-INSS), contendo *“uma compilação dos memoriais relativos às principais demandas judiciais que envolvem a Autarquia Previdenciária que já tiveram repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, assim como a respeito de outras demandas de igual relevância (...)”*.

Para o julgamento do RE 631.240/MG, a Procuradoria deu destaque aos aspectos econômico (desnecessário dispêndio de recursos materiais e pessoas no processo, além dos valores envolvidos com o litígio), político (ampliação de demandas⁴³) e social (alteração da ordem de prioridade de atendimento) que amparariam a repercussão geral. O INSS destaca que o reconhecimento da falta de interesse de agir não infringiria o acesso à justiça, mas encontraria respaldo na necessária existência de pretensão resistida, apta a ensejar o preenchimento das condições da ação. Após pontuar a supressão do âmbito de competência do INSS pelo Poder Judiciário (violação ao artigo 2º da Constituição Federal), a Autarquia passa a elencar as vantagens em se adotar o prévio requerimento administrativo.

Tais vantagens são, por fim, ressaltadas por meio da apresentação de dados que apontam os métodos empreendidos pelo INSS para incrementar a eficiência na prestação de atendimento aos segurados (a exemplo da informatização do sistema, aumento do número de agências e racionalização de procedimentos internos), com respaldo estatístico. A procuradoria ainda aponta a justificativa para o uso dos argumentos dessa natureza:

É mister reconhecer que a jurisprudência em sentido contrário, ou seja, pela dispensa do prévio requerimento administrativo, sofreu influência do deficiente

545214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-05 PP-01238).

⁴³ “Dessa forma, é necessário o posicionamento desta Corte Constitucional no sentido da exigência do prévio requerimento administrativo, tendo em vista o entendimento em sentido contrário implica aumento extraordinário do número de demandas, sobretudo nos Juizados Especiais Federais, o que compromete a observância dos seus princípios básicos, como por exemplo, a celeridade, bem assim o julgamento daqueles processos onde realmente haja necessidade da intervenção do Poder Judiciário” (Caderno de Memoriais, p. 94).

atendimento administrativo prestado aos segurados em passado recente⁴⁴. A excelência do atendimento continua sendo um dos principais direcionadores estratégicos da Previdência Social para o período 2009-2015, e a minimização das ocorrências de litígios e o aperfeiçoamento das decisões administrativas é uma de suas principais ações⁴⁵.

Sustentação oral⁴⁶. A sustentação oral abordou o histórico das decisões judiciais que emanaram o entendimento da dispensa do prévio requerimento administrativo. Segundo a Autarquia, ao longo das décadas de 80 e 90, algumas agências do INSS teriam adotado a prática de indeferir protocolos administrativos (realização de triagem prévia) de determinados segurados que procuravam a obtenção ou revisão de benefícios.

Ante a infringência do direito de petição, o Poder Judiciário teria criado “jurisprudência defensiva”, conferindo interpretação ampliativa à Súmula 213 do Tribunal Federal de Recursos, até então não questionada pela Autarquia. Conclui o procurador Marcelo Siqueira Freitas:

Ora, como à época começou a se tornar praxe o indeferimento do protocolo administrativo, a jurisprudência tem que avançar no caso não apenas para deixar de exigir o esgotamento das vias administrativas mas também para deixar de exigir o prévio requerimento administrativo⁴⁷.

Ao longo dos anos 90, a Autarquia teria percebido a formação do referido posicionamento nos Tribunais, até que, em 2008, com base na coleta de dados, constatou que “35% de todos os benefícios concedidos judicialmente jamais tinham aportado às agências do INSS na fase administrativa, ou seja, um terço dos casos”⁴⁸. Com base nisso, o INSS argumenta que a manutenção do posicionamento pelos Tribunais não mais se justificaria, uma vez que o modelo e a situação de atendimento dos segurados teriam se alterado em relação ao período de formação da jurisprudência⁴⁹. Desse modo, a dispensa do prévio requerimento administrativo apenas traria malefícios para o sistema e os

⁴⁴ Idem, p. 89.

⁴⁵ Ib Idem, p. 93.

⁴⁶ Extraído de https://www.youtube.com/watch?v=jBXWI10_awY
<https://www.youtube.com/watch?v=4dhkCPSSH10>

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ib idem.

⁴⁹ Ib idem.

jurisdicionados, que seriam prejudicados em diversos aspectos, a exemplo do dispêndio de recursos desnecessários e da demora na fruição dos benefícios⁵⁰.

5. O INSS COMO REPEAT PLAYER: AUFERIMENTO DE VANTAGENS

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2012, no que toca à **frequência do acesso do INSS às cortes**, a Autarquia ocupa o primeiro lugar como litigante nacional (22,33%) e também da Justiça Federal (43,12%), respondendo por mais de um quinto dos processos dos cem maiores litigantes nacionais⁵¹.

A **identidade das matérias** que constituem o objeto das demandas judiciais (como o caso examinado), por sua vez, decorre do papel desempenhado pela Autarquia – gestão e implementação de política previdenciária⁵² –, a quem incumbe a concessão dos benefícios. O volume das ações que visam a tal concessão é sensível: no ano de 2008 (o mesmo do ajuizamento da ação, objeto de estudo), foram 283.028 benefícios concedidos pela via judicial e 4.508.403 de benefícios concedidos administrativamente⁵³. Tendo em vista esse cenário, o **orçamento** envolvido com a atuação do INSS nos litígios é considerável⁵⁴.

Não apenas o caso contempla um dos milhares de processos que veiculam pretensões semelhantes contra o INSS, como também suscita discussões em torno do que GALANTER atribui como uma das maiores características de um RP bem-sucedido: o desestímulo de

⁵⁰ “tão poucos foram os debates sobre a constitucionalidade ou não da exigência do prévio requerimento que o tema sequer foi confrontado com a previsão contida no artigo 2º da CF, principal argumento do RE proposto, relacionada com a independência dos poderes” (idem).

⁵¹ Conselho Nacional de Justiça: 100 Maiores Litigantes. Pesquisa desenvolvida em março de 2011. Extraído de http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf, acesso em 20.7.2015. Já no Supremo Tribunal Federal, competente pelo julgamento ora examinado, a matéria previdenciária conta com 18% de participação dentre os “maiores assuntos no Supremo em 2012”, sendo que no período de tempo em que houve o ajuizamento e o reconhecimento da repercussão geral do tema tratado no RE 631.240 pela Corte (2006 a 2012), constatou-se a queda de 41% da representatividade dos processos sobre matéria previdenciária e de 64% no número de processos levados pelo INSS ao Supremo (II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012/ Joaquim Falcão...[et al.] – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014).

⁵² Destaca a procuradoria, o INSS é “a entidade que, na ordem social brasileira, tem a finalidade específica de prestar a previdência pública social”, sendo natural que os feitos versando sobre a concessão pública dos benefícios previdenciários estatuídos em lei envolvam a Autarquia (Caderno de Memoriais, 2009, op. cit).

⁵³ Folder explicativo do “programa de redução de demandas judiciais do INSS”, elaborado pela Advocacia-Geral da União em conjunto com a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria Federal Especializada – INSS. Extraído de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:elS9VwDHQp8J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/933554+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>, último acesso em 9.8.2015.

⁵⁴ Anuário Estatístico da Previdência Social. Brasília, v. 17, p. 1-868.

conflitos pela resignação de seus antagonistas. Consistiria o prévio requerimento administrativo em mais uma etapa ou em uma barreira à obtenção dos benefícios previdenciários, a ponto de desencorajar os segurados a buscá-los⁵⁵?

Estabelecida a premissa de que a Autarquia, segundo a tipologia de MARC GALANTER, é *repeat player*, passa-se a analisar os argumentos trazidos pelo INSS no processo bem como os dados atinentes à dedução da tese preliminar para aferir se, nessa qualidade, foram-lhe proporcionadas *vantagens*.

Planejamento do litúgio: advance intelligence. Segundo MARC GALANTER, o acesso frequente às Cortes permitiria que os RPs antevíssem situações de litúgio, estruturando-se para enfrentá-las conforme a experiência adquirida⁵⁶. Percebe-se que a Autarquia procurou conduzir a sua linha de argumentação traçando o histórico e fornecendo o contexto institucional que teriam originado e justificado a criação da tese do prévio requerimento administrativo. Assim, com a alteração do aludido panorama, a Autarquia alega que não subsistiria mais fundamento na intervenção do Judiciário.

O *record* sobre o qual se apoiaram as razões do recurso extraordinário foi formado especialmente por dados estatísticos, o que sugere que o INSS debruçou-se sobre o monitoramento dos processos judiciais para, então, utilizar os dados coletados com vistas ao convencimento dos Ministros do STF. Conforme destaca MARC GALANTER: ***RPs develop expertise and have ready access to specialists***⁵⁷.

Os dados coletados até o ano de 2008 demonstraram, no entender da Autarquia, que uma parcela relevante das ações que vinham sendo ajuizadas em seu desfavor seria atribuível ao posicionamento do Judiciário, que concedia benefícios a despeito da prévia submissão do pleito à esfera administrativa. O monitoramento e o exame (inclusive estatístico) elaborados pelo INSS sobre a massa dos processos judiciais dos quais era parte conduziu, assim, à *constatação de uma situação de litúgio* originada, de acordo com o recurso extraordinário,

⁵⁵ “A obrigatoriedade em se pleitear perante a via administrativa pode se tornar um degrau a mais a subir, uma antessala que além de impactar no tempo do processo, pode se tornar um desincentivo ao beneficiário na busca de seu direito, recheado com o tempo e desgaste que isso pode gerar” (GABBAY, Daniela. *Requerimento administrativo pode afetar acesso à justiça de segurados*. <http://www.conjur.com.br/2014-set-04/daniela-gabbay-via-administrativa-afetar-acesso-justica-segurados>, acesso em 25.5.2015).

⁵⁶ Galanter, Marc. 1974, p. 98.

⁵⁷ Idem, p. 98.

do entendimento do Poder Judiciário acerca da competência para a concessão de benefícios (interpretação ampliativa da súmula 213 do TFR).

Ao notar que aproximadamente um terço dos benefícios concedidos judicialmente não havia passado pelo crivo prévio administrativo do INSS, o litigante passou a enfatizar em suas contestações a contrariedade ao posicionamento concessivo, deduzindo preliminarmente a falta de interesse de agir do segurado que acessasse diretamente o Poder Judiciário. Tal tese foi formulada como resposta à situação de litigiosidade até ser levada à apreciação do STF, no bojo do RE 631.240. O estudo dos dados relativos aos processos judiciais dos quais fazia parte (identificação de contexto litigioso) e, a partir de então, a criação de medidas (como a preliminar do prévio requerimento administrativo) para remediar os aspectos que lhe eram desfavoráveis do contexto litigioso denotam que o INSS auferiu, no RE 631.240, vantagens concernentes à ***advance intelligence***.

O uso da ***advance intelligence*** fica ainda mais evidente ao se analisar o *plano de atuação* traçado pela AGU para fornecer respostas a essa situação de litigiosidade, sendo uma delas justamente a dedução da tese do prévio requerimento administrativo veiculada no RE 631.240⁵⁸. Em 2008, a Portaria Interministerial AGU/MPS nº 08/2008 instituiu o Programa de Redução de Demandas Judiciais no INSS com objetivo de:

Reduzir a quantidade de ações ajuizadas contra o INSS através da **identificação de conflitos jurídicos** em matéria previdenciária, havidos em sede administrativa ou judicial, os quais serão previamente resolvidos pelo Ministério da Previdência Social, assessorado por sua Consultoria Jurídica, ou pela Advocacia-Geral da União, por meio da fixação da **interpretação da legislação previdenciária a ser uniformemente seguida** pelas Agências da Previdência Social e pelos Procuradores Federais que representam o INSS em juízo ou que prestam

⁵⁸ Importante destacar que o julgamento do RE 631.240 foi permeado pelas discussões atinentes a tal contexto litigioso, conforme se extrai do seguinte trecho do respectivo acórdão: “III.3 Considerações práticas. 20. Embora as razões acima sejam plenamente suficientes para concluir que é necessário, como regra geral, o prévio requerimento administrativo antes do ajuizamento de ações de concessão de benefícios, é relevante atentar para o contexto em que a presente decisão é tomada. 21. De acordo com dados constantes dos Boletins Estatísticos da Previdência Social, disponíveis na página eletrônica do INSS (<http://www.previdencia.gov.br/edies-antiores/>) e apresentados nos memoriais da recorrente, são realizados anualmente cerca de cinquenta milhões de atendimentos nas Agências da Previdência, dos quais aproximadamente oito milhões são pedidos administrativos de concessão de benefícios. Em média, 55% (cinquenta e cinco por cento) são deferidos (...)25. Como se percebe, o Judiciário simplesmente não tem – e nem deveria ter – a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS, como instância originária de recepção e processamento de pedidos de concessão de benefícios. Pretender transferir aos juízes e tribunais a enorme demanda absorvida pela Previdência implicaria o total colapso do sistema judiciário. Nota-se ainda que a instância administrativa, mesmo com todas as suas falhas e carências, é gratuita, fornece respostas em média muito mais rápidas e é integrada por servidores especializados”.

consultoria e assessoramento jurídicos à Autarquia e suas autoridades⁵⁹.

O mecanismo criado para a avaliação dos resultados do programa de redução de demandas foi o denominado Índice de Concessões Judiciais- ICJ, o qual seria estabelecido mediante a “*proporção do volume mensal de concessões de benefícios decorrentes de ações judiciais em relação ao volume total mensal de benefícios concedidos, indicando assim os reflexos das decisões judiciais no volume total de benefícios concedidos*”⁶⁰. Nessa esteira, o INSS traçou objetivos estratégicos no Plano de Ação de 2009⁶¹:

ACÇÃO	INDICADOR	META 2009	REALIZADO	ACÇÃO DO PPA VINCULADA	PERÍODO
4.4.2. Aperfeiçoar a qualidade das decisões administrativas para minimizar os litígios judiciais.	% de concessões por decisão judicial em relação ao total de benefícios concedidos.	6,3%	8,53%	2294	Jan a Dez/09

Objetivo Estratégico: 4.4. Minimizar as ocorrências de litígios e aperfeiçoar as decisões. **Embora as ações adotadas tenham sido avaliadas positivamente, o indicador não apresentou os resultados esperados. Os possíveis motivos para isso são os seguintes:** o indicador não diferencia as decisões administrativas antigas e as mais recentes; a metodologia do índice implicou na sua flutuação conforme o ritmo do Poder Judiciário, fora da alçada do administrador; carência de médicos para aprimoramento do trabalho em perícia médica, identificada hoje como maior demanda da autarquia; falta de uniformização da legislação previdenciária; **ações judiciais sem prévio requerimento administrativo;** e questões e procedimentos locais que influenciam no aumento das demandas judiciais. De outro lado, para o ano de 2010, baseado na experiência pioneira desta avaliação, buscou-se o aprimoramento do indicador, para inserir critério temporal, que mantenha o poder de decisão do administrador; mudança de metodologia do índice, para torná-lo mais estável, sendo avaliado sempre pelo período de um ano, para evitar as flutuações sazonais e dando-lhe maior confiabilidade; prestação de informações aos administradores, para que se realizasse gestão junto aos órgãos responsáveis para ampliação do quadro dos peritos médicos; trabalho intensivo de consultoria e assessoramento para melhoria dos atos normativos da autarquia; **ações locais nos juízos onde não se exigia prévio requerimento, para demonstrar a necessidade; atuação junto aos Tribunais Superiores para sustentar a tese.**

A criação de mecanismos para reduzir a litigiosidade na qual estava inserta, com a percepção de que o alcance dos seus objetivos se daria, inclusive, por meio do acolhimento da tese do prévio requerimento administrativo pelos Tribunais Superiores, aponta o auferimento da vantagem *advance intelligence*. A Autarquia deteve (e utilizou) a estrutura necessária para compreender o contexto litigioso do qual faz parte, preocupando-se em dispensar tratamento estratégico para a massa de processos – em uma visão global –, ao

⁵⁹ Folder Explicativo, op. cit. p. 01. O programa foi inscrito para concorrer ao prêmio Innovare (edição VI - 2009), no qual há a descrição detalhada de seu plano de atuação (<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/programa-de-reducao-de-demandas-do-inss/> último acesso em 12.8.2015).

⁶⁰ Folder Explicativo, op. cit. p. 01.

⁶¹ Relatório de Gestão – exercício 2009. Previdência Social – INSS. Brasília, março de 2010, p. 51.

invés de procurar combater, de forma limitada e atomizada, um a um dos feitos⁶²: como destaca Galanter, “*assuming that the stakes are relatively smaller for RPs, they can adopt strategies calculated to maximize gain over a long series of cases, even where this involves the risk of maximum loss in some cases*”⁶³.

Ou seja, o INSS auferiu a vantagem em comento no RE 631.240 inclusive porque a decisão do STF efetivou parte de uma política institucional que vinha sendo adotada pelo INSS; a frequência de acesso do INSS aos Tribunais permitiu constatar uma situação de litígio, para a qual foi criado um plano de resposta estratégico, que, contemplado no RE 631.240 com o uso da ***advance intelligence*** sobre o cenário litigioso, permitiu que um dos objetivos constantes de sua política institucional fosse concretizado.

O exame do contexto institucional no qual se inseriu a formulação da tese vencedora no RE 631.240 também permite identificar o auferimento de ao menos outras três vantagens pela Autarquia, segundo a tipologia de MARC GALANTER: **(i)** a assunção de riscos, **(ii)** a flexibilização do que venha a ser um resultado favorável, bem como **(iii)** o *rule making*/seleção e efetivação de normas.

Ao estabelecer a redução do número de demandas judiciais como parte do seu plano de ação, o INSS instituiu como uma de suas metas o desenvolvimento de trabalhos para fazer prevalecer a submissão de pleitos previdenciários ao seu prévio crivo. Munido desse objetivo, o INSS passou a desenvolver tais trabalhos de modo uniforme nas agências e setores judiciais, orientando os representantes da Autarquia (procuradores) para que deduzissem a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir – ante a necessidade do prévio requerimento – em suas peças.

Em entrevista, o Procurador da AGU informa que inicialmente a referida estratégia não recebeu a acolhida esperada dos Tribunais, com a extinção das ações e incremento do

⁶² Note-se que o plano de ação 2010 da AGU/PFEINSS também contemplou a atuação concatenada das procuradorias para a vitória na tese sedimentada por meio do RE 631.240, a exemplo da realização de diversas reuniões para acompanhamento de ações locais do Programa de Redução de Demandas, tendo os trabalhos desenvolvidos com objetivo de diminuição das demandas judiciais restado claro em algumas oportunidades: “*Outro fato de relevo apurado nos meses de julho e agosto que merece destaque foi a queda de 8,2% no Índice de Concessões e Revisões Judiciais – ICRJ, em relação ao percentual total que havia sido estimado para o 1o semestre de 2010. A queda sinaliza a primeira reversão no histórico de crescimento registrado no ICRJ, e é fruto direto das ações em execução no âmbito do Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS, comprovando sua viabilidade e o seu sucesso*”(Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS – 4º Relatório Bimestral de Execução Plano de Ação 20120: PFE/INSS para o Futuro. Brasília, setembro de 2010, p. 02).

⁶³ GALANTER, Marc, 1974, p. 100.

acesso às agências, por se entender que a pretensão resistida necessária à configuração do interesse de agir restava consolidada no momento que o INSS, em atenção ao princípio da eventualidade, passava a apresentar as suas razões de defesa quanto ao mérito do litígio:

Pergunta: Como isso era tratado na AGU? **Resposta:** Essa matéria já vinha sendo discutida na AGU, até porque o STF oscilava bastante sobre o ponto. Nós tivemos bastante controvérsia com relação à estratégia processual a ser adotada com relação ao prévio requerimento, porque, por um vértice, a lei processual nos impunha, pelo princípio da eventualidade que informa a elaboração da peça de contestação, a abordar todos os pontos que devessem ser arguidos sob pena de preclusão. Então nós alegávamos a preliminar de carência por falta de interesse processual, em virtude de não ter havido a resistência da Administração Previdenciária em relação àquele pleito. E pelo princípio da eventualidade, defendíamos o mérito se fosse superada essa preliminar. Então processualmente falando a nossa defesa era estruturada dessa forma. Mas acabou acontecendo que os juízes passaram a entender que como nós adentrávamos no mérito surgia o interesse processual no curso da ação porque controvertíamos o objeto da ação, e não extinguíamos as ações. A tecnicidade processual acabava militando em desfavor dessa nossa atuação (...). a PGF algumas vezes nos orientou que quando não houvesse o prévio requerimento administrativo (Procuradoria Regional Federal) que a nossa defesa se limitasse a arguir a preliminar de falta de interesse processual, não adentrasse no mérito, para tentar driblar esse contraponto, essa posição judicial que estava se consolidando e assim passamos a fazer.

Diante disso, a PGF/INSS recebeu como orientação estratégica que se restringisse a alegar apenas a preliminar de carência de ação em suas defesas para os casos em que os autores haviam ingressado diretamente com o pleito previdenciário na esfera judicial. Como se sabe, caso a preliminar não fosse acolhida pelo juízo, ingressando o feito no mérito, seria praticamente certa a condenação da Autarquia ao pagamento dos valores pretendidos pelo segurado – afinal, não teria sido formulada controvérsia acerca dos fatos narrados na inicial, manifestando-se a ré por meio da demonstração dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos da pretensão autoral.

O uso de tal estratégia denota a intenção da Autarquia de fazer prevalecer a política que então pautava a sua atuação (redução de demandas), por meio da disseminação da tese do prévio requerimento administrativo até que a matéria atingisse as instâncias judiciais superiores e fosse fixada de maneira ampla e definitiva. A Autarquia, portanto, assumiu o risco de sucumbir quanto ao mérito das demandas, para que, com o passar do tempo, pudesse ser amplamente vitoriosa em sua tese preliminar. Esse comportamento ilustra a colocação de GALANTER no sentido de fixar o que seria um resultado favorável para o RP:

RPs can also play for rules in litigation itself, whereas an OS is unlikely to. That

is, there is a difference in what they regard as a favorable outcome. Because his stakes in the immediate outcome are high and because by definition OS is unconcerned with the outcome of similar litigation in the future, OS will have little interest in that element of the outcome which might influence the disposition of the decision-maker next time around. For the RP, on the other hand, anything that will favorably influence the outcomes of future cases is a worthwhile result. The larger the stake for any player and the lower the probability of repeat play, the less likely that he will be concerned with the rules which govern future cases of the same kind⁶⁴.

Conforme destacado pelo autor, ***RPs can play the odds***. Isso significa que o fato dos riscos envolvidos com o resultado do processo individualmente considerado serem menores para o RP, dada a frequência de acesso às Cortes, o *player* tende a atuar conforme o objetivo de maximizar os ganhos em uma série de casos⁶⁵ (isto é, tendo por base o panorama geral da massa de processos na qual está envolvido), permitindo a adoção de estratégias que envolvam o risco máximo de perda em determinados casos.

Ainda que a adoção de determinada estratégia pelos RPs não permita a obtenção de ganhos imediatos, será considerado como resultado favorável a obtenção de um posicionamento que possa influenciar positivamente os resultados de casos futuros nos quais o RP seja envolvido⁶⁶. No contexto ora examinado, caso a estratégia adotada seja vista sob a ótica dos impactos que uma decisão pelas Cortes superiores poderia ter na massa dos processos, tudo leva a crer que a insistência da Autarquia no enfrentamento da matéria preliminar pelo Judiciário lhe seria mais benéfico mesmo que sucumbisse quanto ao mérito em determinadas demandas previdenciárias individualmente consideradas.

Enquanto para o INSS não seria custoso manter e conduzir um processo até às instâncias superiores, nem seriam vultosos os efeitos em seu orçamento pela sucumbência em algumas demandas previdenciárias individuais, o impacto da imediata extinção de centenas de ações, bem como da criação de uma regra segundo a qual demandas de tal natureza não serão mais diretamente levadas ao juízo, seria relevante para a Autarquia⁶⁷.

⁶⁴ Op. cit. p. 100.

⁶⁵ Op. cit. P. 101.

⁶⁶ Op. cit. P. 100.

⁶⁷ Assim, percebe-se que ainda existe um número expressivo de processos ajuizados sem que o INSS tenha sido provocado a analisar previamente o pedido de concessão do benefício previdenciário, já que muitos segurados, instruídos por seus advogados, procuram diretamente o Poder Judiciário, ainda que não haja qualquer lesão ou ameaça a direito como o exige o art. 50, XXXV, da Carta Magna, e tem encontrado guarida em alguns tribunais pátrios, incluindo o STJ. Tal prática subverte a ordem natural da atuação da Administração Previdenciária como primeiro Órgão a manifestar-se sobre a existência de direito do segurado a um determinado benefício (Caderno de Memoriais, op.cit. p. 94).

O INSS procurava amparo judicial para que efetivasse uma política de redução de demandas, recebendo impactos positivos na sua estrutura e obtendo economias de escala, ou seja, não apenas visava a ganhar algumas demandas pela pronta extinção do feito sem julgamento de mérito. Nota-se que o uso de tal estratégia vai em sentido diverso do emprego comum de preliminares pelos advogados, que usualmente são deduzidas quer para dificultar o andamento do processo, quer para alcançar a rápida extinção da demanda.

A estratégia que amparou a subida e o julgamento do RE 631.240, portanto, perpassou pelo auferimento das vantagens relativas à assunção de riscos (perda de ganho imediato), bem como pela atuação visando à obtenção de resultados favoráveis para casos futuros (ou para a massa de processos) – o caminho percorrido e a insistência na tese de carência de ação foram meios hábeis a conduzirem a matéria até as Cortes Superiores e auxiliarem na percepção do STF acerca da relevância da controvérsia levada à sua apreciação por meio do recurso extraordinário. O julgamento ainda possibilitou que os benefícios obtidos repercutissem sobre todos os casos similares pendentes e supervenientes.

O interesse do INSS pela deliberação judicial ampla e definitiva sobre a preliminar em tela pode ser ainda inferido ao se analisar a postura adotada pela Autarquia quanto à possibilidade de celebração de acordos em processos nos quais o segurado deixou de formular o prévio requerimento administrativo. Considerando a expectativa de ajuizamento de novos processos, bem como o entendimento do RP de que o resultado favorável também pode ser considerado como o estabelecimento de normas ou de precedente favorável para uma série de casos, “*we would then expect RPs to settle cases where they expect unfavorable rule outcomes. Since they expect to litigate again, RPs can select to adjudicate (or appeal) those cases which they regard as most likely to produce favorable rules*”⁶⁸.

Muito embora segundo o Manual de Conciliação da Procuradoria Geral Federal, a partir da edição da Portaria AGU nº 109/2007, tenha sido permitida a realização de acordo nas hipóteses de ausência de requerimento administrativo⁶⁹, tal medida não seria, conforme

⁶⁸ GALANTER, Marc, 1974, p. 101. Ainda: “*the point here is merely to note the superior opportunities of the RP to trigger promising cases and prevent the triggering of unpromising ones*” (Idem, p. 103).

⁶⁹ Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal – Departamento de Contencioso. Brasília, 2012, pp 20/21: “*Desse modo, quando inexistir prévio requerimento administrativo, a conveniência da realização de acordo deve ser estudada pelo Procurador, observadas as peculiaridades locais. Recomenda-se que, nestes casos, a conciliação seja estrategicamente analisada, devendo o Procurador Federal atuante no feito avaliar a real possibilidade da Administração reconhecer o pedido administrativamente, dentro de um tempo razoável, levando em conta tanto o*

informado pelo INSS em sustentação oral, adotada por seus procuradores⁷⁰, pois teriam insegurança em conceder benefícios sem a instrução documental fornecida pelas agências.

Indaga-se, nesse contexto, se a realização de acordos, nas hipóteses em que ausente o prévio requerimento, não prejudicaria a formação de precedentes e a “subida” da matéria ao STF, já que o Judiciário deixaria de manifestar o seu entendimento sobre a preliminar, obstando a sedimentação de um posicionamento e sua replicação para milhares de casos. Noutro sentido, embora pareça condizente com o objetivo de redução de demandas o seu pronto encerramento por meio da celebração de acordos, questiona-se se a formulação de acordos não incentivaria a condução das demandas previdenciárias diretamente ao Judiciário, de modo a contradizer os estímulos do INSS para a dedução da preliminar.

O fato de a Autarquia ter afirmado que nas ações em que não houve o prévio requerimento não haveria acordos, somado ao interesse em obter apreciação favorável da matéria pelas Cortes Superiores, sugere que o INSS auferiu vantagem com o julgamento do RE 631.240 no que toca à fixação e à obtenção de um resultado favorável no litígio.

Tal contexto também elucida o uso de vantagem relativa ao *rule making* pelo INSS, afinal, por meio de uma atuação estratégica coordenada, o RE 631.240 consolidou o resultado entendido como favorável à Autarquia, ao fixar entendimento que definirá o destino de casos similares futuros. Na seara política, a definição do julgamento estabeleceu critério para a relação mantida entre os Poderes Executivo e Judiciário, no que diz respeito à competência para primeira análise e concessão dos benefícios previdenciários.

Relações do INSS com outros atores institucionais. O acesso frequente às cortes oportunizaria aos RPs, ainda, o desenvolvimento de “*facilitative informal relations with*

entendimento administrativo da entidade representada como as eventuais restrições operacionais. Esta medida não deve ser utilizada de forma meramente protelatória, sob o risco de este tipo de acordo cair em descrédito, com prejuízo à imagem da PGF e da entidade representada. Compete ao Procurador Federal avaliar, ante as circunstâncias fáticas e peculiaridades do caso, se a melhor estratégia é a celebração de acordo para a suspensão do processo e consequente análise administrativa do pedido, ou a simples apresentação de defesa alegando a carência de ação”.

⁷⁰ “Entretanto, a ausência de prévio requerimento ao INSS é, sem dúvida, um dos maiores impeditivos para a formalização de um maior número de acordos por parte da PFE/ INSS, pois quando o processo é direcionado antes ao Judiciário o acordo fica inviabilizado pela ausência de instrução processual mínima a respeito do pedido, bem como por ausência da manifestação e análise pericial do INSS. Outrossim, **há desde a edição da Portaria AGU n° 505, de 19 de junho de 2002, pelo então Advogado-Geral da União, Min. Gilmar Ferreira Mendes, vedação expressa à formalização de acordos pelos órgãos jurídicos da União quando ausente o prévio requerimento administrativo de concessão de benefícios previdenciários**” (Caderno de Memoriais, op. cit. p. 94). (DA FONSECA, Gabriela Koetz. Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS – curso de formação de juízes, 2012).

institutional incumbents”⁷¹, as quais repousariam sobre relações de confiança e reciprocidade⁷². A pesquisa não identificou uma informação contundente que apontasse pela existência de relacionamento *informal* entre o INSS e os atores institucionais (especialmente com os servidores – *incumbents*) envolvidos com o julgamento do recurso extraordinário, de modo a conferir-lhe vantagem.

Entretanto, interessa observar possíveis “impactos” no litígio, atinentes a determinados aspectos do relacionamento mantido entre o INSS e atores institucionais. O primeiro deles diz respeito à **credibilidade** do INSS como litigante. GALANTER aponta que a reputação do RP se mostra importante especialmente para exarar convencimento em eventual posição de barganha. Neste caso, verifica-se um esforço do INSS pelo reconhecimento de sua credibilidade como litigante e como agente estatal.

Um dos argumentos do INSS é o de que a prévia submissão não teria qualquer nota protelatória, mas visaria ao atendimento dos segurados com eficiência; o não provimento do recurso agravaria a sua situação como maior litigante e traria malefícios atrelados ao dispêndio desnecessário de tempo e de recursos materiais e humanos. Para respaldar os argumentos acerca de sua eficiência para deliberação inicial quanto aos benefícios, o INSS trouxe inúmeros dados estatísticos, acentuando o caráter fático e prático de sua argumentação. Assim, ao longo de suas peças, o INSS tenta driblar o entendimento de que se trataria de manobra destinada a protelar o curso processual e o atendimento dos segurados, objetivando angariar credibilidade passível de influir no convencimento dos magistrados:

Julgamento apelação. Como se isso não bastasse, o juiz, ao indeferir de plano o pleito do autor, só estaria demonstrando desconhecer a prática iterativa do Instituto requerido, em procrastinar o pedido administrativo de humildes segurados, criando empecos de todos os modos, retardando a entrega de direitos e deixando beneficiários à mercê e entraves burocráticos que inviabilizam a concreção dos seus direitos previdenciários. Não pode o Judiciário, no ponto, simplesmente convalidar situação de fato dessa natureza, criando para aquele que legitimamente exerce seu direito constitucional de petição, burocracia processual formalista e indesejável em tema previdenciário, que deve ser analisado na dimensão social e humana em que se insere.

Recurso extraordinário. Embora possa parecer, em princípio, que a Autarquia só tem a ganhar com isso, pois terá menos pedidos de benefício a analisar, o entendimento atacado em verdade tem causado enormes prejuízos às Procuradorias e ao Judiciário, que têm se desgastado para analisar requerimentos que grande parte das vezes poderiam ser deferidos no mesmo dia, e ao próprio

⁷¹ GALANTER, Marc, 1974, p. 99.

⁷² Idem – Galanter destaca a observação de Scigliano – *the opportunity for regular participants to establish relations of trust and reciprocity with courts is not confined to these lowly precincts.*

segurado, que necessariamente terá de esperar por anos para ter atendida uma pretensão que poderia ser prontamente resolvida.

Entrevista. Trabalhar para o poder público parece que você está sempre alijando direitos, etc. mas na verdade de uma certa forma eles estão tentando defender com parcimônia com equilíbrio, se desincumbindo das questões institucionais mais contribuindo para questões de direito coletivo, etc. e ele vê essa visão muito arraigada de que estão ali para procrastinar (fazem exercício de uma faculdade processual prevista em lei) – o tempo em que um processo pode ficar com eles não justifica essa pecha da procrastinação.

Ao mesmo tempo, segundo o Procurador entrevistado, haveria certa dose de presunção de que o representante do INSS, por ser procurador público, litigaria de boa-fé e conduziria o caso de maneira lícita⁷³. Desse modo, pode-se entender que o INSS buscou construir credibilidade para obter um resultado favorável na demanda, estreitando os laços de confiança com o Poder Judiciário.

Nota-se que a frequência com que o INSS acessa ao Judiciário também proporcionou a construção de um diálogo extra-autos da Autarquia com o aludido Poder, relativa à matéria debatida no RE 631.240 (redução de demandas). Há projetos versando sobre as mesmas bases empregadas nas razões do recurso extraordinário, estabelecidos entre o INSS/AGU e outro ator institucional envolvido com a questão, o Poder Judiciário. Cita-se, a título exemplificativo⁷⁴, o Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 052/2009, celebrado entre o STF, CNJ, STJ, CJP, TST, CSJT e AGU, tendo por objeto o:

Cláusula primeira. (...) Estabelecimento de medidas que possibilitem o intercâmbio de dados e informações de interesse recíproco dos partícipes, visando reduzir a litigiosidade e conferir maior celeridade no julgamento das ações judiciais. Parágrafo único – a conjugação de esforços tem como fundamento o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário (...) e o Planejamento Estratégico Organizacional da Advocacia-Geral da União, instituído em dezembro de 2008. Cláusula segunda – para a consecução do objeto deste Acordo, as partes comprometem-se mutuamente a: I – executar ações conjuntas para identificar e promover a extinção de todos os processos judiciais distribuídos (...) até 21/12/2005; II – estabelecer mecanismos ágeis e eficientes de extinção de processos cuja matéria de fundo esteja pacificada pelo STF, STJ, TST ou já tenha sido objeto de reconhecimento por parte da Advocacia-Geral da União; III –

⁷³ Segundo o relato fornecido em entrevista: “*Em sendo procurador público goza de uma presunção relativa de que está litigando de boa-fé, que está tentando trazer um incremento, conduzindo o caso de uma maneira lícita, etc. muitos juízes veem isso dessa forma. E o contraponto é a visão de que órgão público é procrastinador. Há uma certa resistência para afastar o cliente do procurador – até onde ele pode ir. Há restrições funcionais que devem ser respeitadas*”.

⁷⁴ Um dos projetos do Programa de Redução de Demandas é a Integração com o Poder Judiciário (DA FONSECA, Gabriela Koetz, Op. cit.). Nota-se que a desjudicialização e a gestão do grande litigante são metas para a estratégia do judiciário 2020 (Estratégia Judiciário – 2015/2020 – Elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça).

intercambiar outras informações, documentos e apoio técnico-institucional necessários à consecução dos objetivos destacados.

Muito embora esses fatos não correspondam às relações informais facilitativas que, de acordo com GALANTER, seriam mantidas com os servidores dos órgãos jurisdicionais, eles conferem destaque às relações institucionais que marcaram o debate e o programa da redução do volume de demandas envolvendo o INSS, especialmente ao se considerar que, no RE 631.240, a Autarquia fez apelo ao Judiciário no sentido do seu papel para a redução das demandas (afinal, no RE 631.240, o INSS atribui ao posicionamento do Judiciário o papel de agravar a situação do INSS como o maior usuário do sistema de justiça). Em entrevista, afirma o Procurador:

O prévio requerimento passa por toda essa noção – o judiciário tentou achar que tinha condições de abarcar toda essa demanda – quando viu que não tinha, corrigiu, criando os temperamentos que deve na modulação. E de fato ele acredita que os atores processuais têm que se ver mais em uma visão de parceria (não para não fazer o papel institucional mas que o sistema de justiça depende desses atores – judiciário com protagonismo inafastável porque decide, mas que deve chamar a responsabilidade e decidir com maior presteza as coisas de massa que chegam aos superiores). O prévio requerimento é um bom exemplo de questão que poderia ter sido resolvido em instância de intercomunicação institucional e não na última do judiciário (em uma luta pela desjudicialização).

Indaga-se, nesse contexto, se o compartilhamento de metas envolvendo a redução de demandas entre ambos os atores institucionais não teria, em conjunto com outros objetivos delineados por cada qual, contribuído para que as vantagens obtidas pelo INSS no que diz respeito ao *rule making* e ao *resultado favorável* fossem ampliadas.

Funcionamento institucional. O auferimento de vantagens pelo INSS em razão da sobrecarga judicial ganhou especiais contornos nesse julgamento. Em princípio, sendo o INSS o réu da ação e detentor de recursos para suportar os custos financeiros com a longa manutenção do litígio, a sobrecarga do sistema judicial poderia lhe beneficiar. O ônus do tempo para a obtenção do bem da vida seria imputado à autora da ação, consistindo a demora do processo em desestímulo para o ajuizamento e prosseguimento da ação.

Sob a perspectiva do Poder Judiciário, aduz GALANTER que a sobrecarga estimularia as Cortes a adotarem regras voltadas a desencorajarem processos, sendo exatamente este um dos fundamentos utilizados pelo INSS para veicular o entendimento acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo e um dos argumentos aos quais o Judiciário se apegou

para julgar a demanda⁷⁵. Em outras palavras, as vantagens relativas à fixação de normas para o pleito de benefícios previdenciários receberam amparo da estrutura institucional do Judiciário, marcada pela sobrecarga de processos, na medida em que, tal qual pugnado pelo INSS, a pertinência da medida preliminar centrou-se na destinação e na gestão a serem dadas à massa de processos em trâmite.

Nessa medida é que a Autarquia se beneficiou da estrutura então existente para ampliar as suas vantagens; ao contrário do quanto, de início, aponta GALANTER, a Autarquia não pretendia permanecer se beneficiando da estrutura normativa e institucional então existente (a sobrecarga reduziria as oportunidades para mudanças normativas e favoreceria os beneficiário das atuais regras), mas pugnou por uma mudança normativa, que, implementada, iria exatamente contra o aspecto institucional da sobrecarga – pretendia-se, com a medida, reduzir o volume de demandas.

Já a desigualdade que haveria entre os litigantes pelo uso das habilidades para a superação de custos e traquejo com as normas procedimentais, afeitas à *passividade* do sistema⁷⁶, foi, de certa forma, mitigada no julgamento do RE 631.240, por se tratar de julgamento em que se permitiu o ingresso de *amicus curiae*, os quais auxiliaram com o esforço técnico e de conhecimento do tema para a decisão, sendo a autora beneficiária da gratuidade judicial. Ressalve-se, contudo, que, se por um lado, o apoio do IBDP e da Defensoria da União houve por bem fornecer suporte técnico advindo de atores com profundo conhecimento do mérito tratado no recurso extraordinário, por outro o fato de sua atuação ser adstrita ao momento em que o litígio já se encontra no STF, acaba por apontar a desigualdade dos litigantes, no que diz respeito à oportunidade para a construção da estratégia e da atuação no convencimento dos Tribunais desde o início da lide⁷⁷.

⁷⁵ “Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força do trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário (...).25. Como se percebe, o Judiciário simplesmente não tem – e nem deveria ter – a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS, como instância originária de recepção e processamento de pedidos de concessão de benefícios. Pretender transferir aos juízes e tribunais a enorme demanda absorvida pela Previdência implicaria o total colapso do sistema judiciário. Nota-se ainda que a instância administrativa, mesmo com todas as suas falhas e carências, é gratuita, fornece respostas em média muito mais rápidas e é integrada por servidores especializados”.

⁷⁶ GALANTER, Marc. Op. cit. pp. 119/120.

⁷⁷ Note-se que foram poucas as passagens no acórdão do RE que mencionaram os argumentos expendidos diretamente pelos *amicus curiae* que propugnaram o não provimento do recurso: *Li todos os memoriais que me foram trazidos, todos eles empenhadíssimos, as duas partes: do INSS, em provar os problemas, e dos*

No que diz respeito à atuação do INSS, foi notório o impulso dado à demanda para que chegasse ao STF, superando-se, por meio da dedução e reiteração da preliminar, um posicionamento que se perpetuava no Judiciário há anos.

Advogados. O traquejo com a realidade institucional, assim como o auferimento das vantagens estratégicas pelo INSS com o julgamento do RE 631.240, foram ampliados pelas habilidades técnicas e pela capacidade para mobilizar recursos legais dos advogados da Autarquia. Os procuradores que conduziram o caso até o julgamento do RE 631.240 detêm sensível conhecimento técnico acerca da matéria previdenciária, além de oferecerem à Autarquia uma estrutura preparada para a atuação nos litígios já instaurados e para o aconselhamento amplo e estratégico, sendo estruturada por procuradorias especializadas do INSS e composta por uma coordenação-geral de matéria de benefícios, coordenação de gerenciamento e prevenção de litígios e coordenação de gerenciamento dos JEFs⁷⁸.

A atuação da procuradoria no julgamento do RE 631.240 foi realizada em diversas frentes estratégicas, não se limitando à entrega de peças processuais – houve um prévio trabalho de levantamento e análise de dados que fornecessem subsídios aos argumentos expendidos no recurso, entrega de caderno de memoriais aos Ministros e a formulação de uma sustentação oral para o caso.

Além disso, a AGU desenvolveu um plano de trabalhos para a implementação da meta de redução de demandas, o que mostra a organização e o desenvolvimento de estratégias aptas a conduzirem a causa ao STF, contando como exemplo o desenvolvimento de teses e atuação concatenada entre as suas unidades⁷⁹.

O resultado do julgamento permitiu que a AGU melhorasse a posição de seu “cliente” em razão dos benefícios que supostamente adviriam com a redução dos litígios judiciais (impactos econômicos e orçamentários) bem como pela diminuição da ingerência do

amicus curiae, principalmente, pelas dificuldades decorrentes exatamente do número de agentes previdenciários beneficiados e prejudicados. Presidente, ouvi com muita atenção a defesa feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP (voto Ministra Carmen Lucia); “A advogada, que já assomou à tribuna, talvez para prestar algum esclarecimento, ressaltou aspecto interessantíssimo que bem revela a preocupação com a parte mais fraca da relação jurídica” (voto Ministro Marco Aurélio).

⁷⁸ DA FONSECA, Gabriela Koetz, Op. cit.. O Procurador entrevistado menciona a existência de diálogo entre os procuradores e o Ministério da Previdência, para aconselhamento estratégico. Ante a constatação de uma situação que demandasse (ou para a qual se aconselhasse) um posicionamento diverso pela Administração os procuradores transmitem tal entendimento ao órgão que opta por endossá-lo ou não, a depender dos projetos políticos e de suas limitações orçamentárias.

⁷⁹ Planos de ação de 2009 e 2010, op. cit.

Judiciário na gestão do Executivo, sem que com isso tenha diminuído a sua posição, já que foi peça indispensável para o aconselhamento estratégico fornecido ao INSS⁸⁰.

6. CONCLUSÃO

O INSS não apenas se qualifica, nos termos da teoria de MARC GALANTER, como grande litigante (*repeat player*), como também auferiu vantagens atinentes a tal posição no julgamento do RE 631.240, ainda que, em algumas situações, não tenham sido identificadas em conformidade estrita com a tipologia de GALANTER.

Além disso, é possível entender que as vantagens auferidas foram *ampliadas* em virtude do grande volume de processos impactados pelo julgamento, bem como pelo fato de o resultado dessa atuação ter definido a interpretação a ser dispensada ao princípio do acesso à Justiça para as matérias previdenciárias, o que transcende o simples mérito ou o regramento acerca da concessão de determinado benefício previdenciário.

A análise do contexto institucional que forneceu as bases para a criação da tese preliminar deduzida e examinada em sede do recurso extraordinário mostrou-se de grande relevância para a identificação das vantagens desfrutadas pelo INSS no litígio. Somado a isso, a contextualização das aludidas vantagens com o comportamento de atores institucionais envolvidos com o litígio permitiu tecer ilações acerca das posições conferidas

⁸⁰ Conforme alude GALANTER: “*não se deveria esperar dos advogados que fossem proponentes de reformas ideais apenas sob o ponto de vista de seus clientes. Ao invés disso, devemos esperar a busca pela ampliação (melhoria) da posição do cliente sem diminuir a dos advogados. Desse modo, advogados especializados têm interesse em uma estrutura que mantenha recovery problemática ao mesmo tempo em que melhora a posição do cliente dentro dessa estrutura*” (p. 26). Além disso, interessante notar o envolvimento organizacional para que a preliminar fosse acolhida perante os Tribunais Superiores: “*Pois bem, parece-nos, de forma muito clara, que nosso papel dentro da Administração Pública está se definindo não pelo o que a legislação impõe, mas sim pela nossa capacidade de auxiliar o governo eleito a cumprir a missão de tornar o Brasil (recorde que somos a sexta economia do mundo) um país moderno, desenvolvido e modelo para tantas outras nações, mas sobretudo um país justo socialmente, onde os brasileiros se sintam mais felizes. (...). Devemos, de forma ativa, verificar o que se passa fora dos nossos gabinetes, ouvir os diversos segmentos da sociedade para que saibamos a verdadeira repercussão de nossas atividades e a responsabilidade que carregamos em nossas “canetas”. (...) A tese da necessidade de prévio requerimento administrativo há muito é defendida pela Procuradoria-Geral Federal, desde seus órgãos de execução locais até o Departamento de Contencioso - DEPCONT, por meio do Núcleo de Tribunais Superiores, sendo esta uma vitória de grande repercussão na defesa do INSS em juízo, e que faz prevalecer a boa técnica processual e as competências administrativas e judiciais constitucionalmente estabelecidas*” (Boletim Informativo da Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS. Edição nº 01/2012 de 06/08/2012).

aos usuários do sistema de justiça (segurados *versus* INSS), bem como da eventual adequação da resposta fornecida pelo Poder Judiciário à litigância da Autarquia.

A pesquisa revelou que a dedução da preliminar de carência de ação não constitui mera estratégia processual protelatória e aleatória, mas contempla um plano de atuação do INSS quanto à redução da massa dos processos dos quais faz parte, devidamente subsidiado pelo estudo e atuação de profissionais especializados (estatísticos e procuradores). Tal escopo ainda se mostrou alinhado com metas detidas por um ator institucional pretensamente neutro – o Poder Judiciário. Nota-se que a linha argumentativa adotada pelo INSS e contemplada nas razões de decidir do Supremo Tribunal Federal conduziu a considerações de natureza “prática”, voltadas à racionalização de demandas e à eficiência estatal para a avaliação e concessão do bem da vida pretendido pelos segurados.

A partir disso, ainda no contexto da teoria de MARC GALANTER, questiona-se: em que medida a resposta fornecida pelo Poder Judiciário revestiu-se da neutralidade esperada desse ator institucional? Em que medida a tese defendida pela Autarquia e emplacada pelo Poder Judiciário se revela legítima no contexto narrado e coerente em meio às premissas argumentativas que lhes deram suporte para a elaboração do recurso extraordinário? Pode-se dizer que tal resposta denota o uso da Justiça em termos distributivos?

Não obstante tais questões sejam complexas quando comparadas com a brevidade e com os propósitos estabelecidos para a presente pesquisa, partindo do exame das vantagens identificadas e desfrutadas pelo INSS, entende-se que a atuação do Poder Judiciário no caso examinado pode não ser vista essencialmente como neutra, uma vez que contemplou a implementação de metas estabelecidas e perquiridas pelo próprio Poder Judiciário. O INSS se utilizou das vantagens conferidas pelo sistema para influenciar o comportamento judicial (externado por meio da prolação de uma decisão favorável), inclusive ao identificar e deduzir uma tese cujos resultados seriam consonantes com os objetivos institucionais traçados pelo Poder Judiciário.

Apesar do tratamento dispensado à matéria ter-se dado sob a premissa de que o óbice ao acesso iria justamente no sentido de prover os segurados e os demais jurisdicionados da tutela do bem da vida pretendido da maneira mais eficiente, é questionável se a resposta do Poder Judiciário à atuação estratégica do INSS foi adequada para os aludidos fins ou se, em realidade, apenas atuou pela consequência da medida (qual seja, a redução do número de

demandas), ampliando a disparidade de posições desfrutadas pelo grande litigante e pelo *one-shotter* em Juízo.

Considerando que, inobstante a alegada eficiência na dispensa da tutela aos segurados pela via administrativa, os jurisdicionados continuam se dirigindo diretamente ao Poder Judiciário, bem como que o julgamento pode implicar a resignação no que toca ao ajuizamento de demandas em desfavor da Autarquia (podendo a via administrativa consistir em mais uma a ser cumprida antes da busca pela sua efetivação perante o Judiciário), o exame das vantagens auferidas pelo INSS no litígio sugere que é possível que a resposta fornecida pelo Judiciário à tônica eficiência *versus* acesso à Justiça, posta pela Autarquia, não tenha sido adequada no sentido de munir o *one-shotter* dos meios hábeis a buscar, em condições equalizadas, a tutela do bem da vida pretendido. Questiona-se, portanto, a legitimidade do uso de vantagens pelo grande litigante para que, por meio do Poder Judiciário, sejam ampliados os benefícios econômicos, sociais e, ao final, jurídicos, detidos por tal usuário do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- GALANTER, Marc. *Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. Law and Society Review, 1974, volume 9.
- GROSSMAN, Joel B., Kritzer Herbert M. E MACAULAY, Stewart. *Do the “Haves” still come out ahead?*. Law & Society Review, 1999, volume 33, número 4
- HAMZEHZADEH, Bahaar. *Repeat Player vs. Onde-Shotter: is victory all that obvious?* (Hastings Bus. Volume 6, 2010
- Súmula 213 do Tribunal Federal de recursos, DJ 03/06/1986
- Acórdão: Apelação cível nº 2008.01.99.058977-3/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, j. 28.01.2009.

- Acórdão: EDs em Apelação nº 2008.01.99.058977-3/MG, Relator Desembargador Antônio Francisco do Nascimento, ^a Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, j. 19.8.2009
- Acórdão: Recurso extraordinário nº 631.240/MG, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, j. 03.09.2014.
- Decisão: Repercussão Geral no RE 631.240/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 30.11.2010.
- II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012/ Joaquim Falcão...[et al.] – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- Conselho Nacional de Justiça: 100 Maiores Litigantes. Pesquisa desenvolvida em março de 2011. Extraído de http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf, acesso em 20.7.2015.
- FUNCIONAMENTO E GESTÃO DA JUSTIÇA: ONDE ESTÃO OS 'GARGALOS'? Seminário Temático com a participação de Paulo Eduardo Alves da Silva, Alexandre dos Santos Cunha e Daniela Gabbay. Extraído de <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Semin%C3%A1rio-Tem%C3%A1tico-1-Gest%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.pdf>, em 15.7.2015.
- Caderno de Memoriais 2009. Produzido por Ana Lúcia de Fátima Bastos Estevão e Outros. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria Federal Especializada-INSS, 2009.
- Folder explicativo do “programa de redução de demandas judiciais do INSS”, elaborado pela Advocacia-Geral da União em conjunto com a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria Federal Especializada – INSS. Extraído de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:elS9VwDHQp8J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/933554+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>, último acesso em 9.8.2015.
- Anuário Estatístico da Previdência Social. Brasília, v. 17, p. 1-868.

GABBAY, Daniela. *Requerimento administrativo pode afetar acesso à justiça de segurados*. <http://www.conjur.com.br/2014-set-04/daniela-gabbay-via-administrativa-afetar-acesso-justica-segurados>, acesso em 25.5.2015).

Portaria Interministerial AGU/MPS nº 08/2008

Relatório de Gestão – exercício 2009. Previdência Social – INSS. Brasília, março de 2010, p. 51.

Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS – 4º Relatório Bimestral de Execução Plano de Ação 20120: PFE/INSS para o Futuro. Brasília, setembro de 2010, p. 02)

Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal – Departamento de Contencioso. Brasília, 2012.

DA FONSECA, Gabriela Koetz. Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS – curso de formação de juízes, 2012

Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 052/2009, celebrado entre o STF, CNJ, STJ, CJP, TST, CSJT e AGU.

Estratégia Judiciário – 2015/2020 – Elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça

Cadastramento do programa de redução de demandas do INSS ao prêmio Innovare: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/programa-de-reducao-de-demandas-do-inss/> último acesso em 12.8.2015

Boletim Informativo da Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS. Edição nº 01/2012 de 06/08/2012.

Quadros e Tabelas:

Tabela 01: usuários do sistema de justiça

Tabela 02: argumentos esposados na via recursal