

O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA DO INSS E A SOBRE UTILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

THE OPPORTUNISTIC BEHAVIOR OF THE NATIONAL INSTITUTE OF SOCIAL SECURITY AND THE OVERUSE OF THE JUDICIARY

*Antonio Bazilio Floriani Neto¹
Oksandro Gonçalves²*

Resumo

Nos anos de 2011 e 2012 o Conselho Nacional de Justiça elaborou relatórios denominados “Os 100 maiores litigantes do Brasil” e em ambas as edições a primeira posição foi ocupada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Com base nestes estudos, o objetivo do presente trabalho é entender os motivos que levaram a Previdência Social brasileira a ocupar tal posição. Para tanto, utilizamos do instrumental fornecido pela Análise Econômica do Direito. Este método propaga a interação das ciências jurídica e econômica e enxerga os indivíduos como agentes econômicos, movidos pela racionalidade e pela maximização do interesse pessoal. Por conta disso, todos os agentes buscam a redução dos custos de transação, o que pode leva-los a um comportamento oportunista. Neste passo, cabe ao ordenamento jurídico promover a cooperação entre os agentes, manter a ordem e coibir a prática de comportamentos que podem quebrar a desestabilizar a cadeia produtiva. No entanto, os nossos resultados indicam que a posição jurisprudencial na matéria previdenciária constitui um desestímulo ao processo administrativo. Isto levou a autarquia previdenciária a um raciocínio lógico: indeferir os benefícios e remeter o interessado ao Poder Judiciário. Como consequência, tem-se um resultado comprovado pelo CNJ: o INSS é o maior litigante do país.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Previdência Social; Custos de Transação; Comportamento Oportunista.

Abstract

In 2011 and 2012 the National Council of Justice - CNJ drafted reports called "The 100 biggest Litigants in Brazil" and in both editions National Institute of Social Security figured first. Based on these studies, the aim of this work is to analyze the reasons that led Brazilian Social Welfare to occupy such a position. Therefore, we use the instruments provided by the Economic Analysis of Law. This method propagates the interaction of legal and economic sciences and sees individuals as economic agents, driven by rationality and maximization of

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável. Advogado.

² Doutor em Direito – PUCSP, Mestre em Direito Econômico e Social – PUCPR, Professor Adjunto da Escola de Direito da PUCPR (Graduação, Especialização e Mestrado). Advogado.

self-interest. Because of this, all agents seek to reduce transaction costs and can be powered by an opportunistic behavior. In this step, legal system should act to provide cooperation between agents and restrain the practice of these behaviors that could break the process. However, our results indicate that the jurisprudence in this area stimulate the National Institute of Social Security to deny pensions. This led Social Security to a logical think: deny benefits. As a consequence, the result has been proved by CNJ: National Institute of Social Security is the biggest litigant in the country.

Key-words: Economic Analysis of Law; Social Security; Transaction Costs; Opportunistic behavior.

1. Introdução

Dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, através do Decreto 99.350/90, foi criado o Instituto Nacional de Seguro Social³ - INSS, autarquia que é a responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários geridos pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Financiada por toda a população através das contribuições sociais, ao contrário do que comumente se houve na mídia, a Previdência Social não está falida, tampouco passa por dificuldades financeiras. De acordo com informações veiculadas no site da ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, no ano de 2012, a Seguridade Social teve um superávit de R\$78 bilhões⁴.

Alie-se a isso dois fatos de relevância:

a) o ADCT, em seu art. 76 autoriza a União a desvincular 20% de toda a arrecadação das contribuições sociais, incluindo as previdenciárias⁵; e

b) o Governo Federal paulatinamente vem desonerando a folha de pagamento – hipótese de incidência da contribuição social previdenciária, nos termos da CF/88, art. 195, I. “a” – de forma que o discurso do déficit previdenciário não se sustenta por argumentos de

³ Decreto 99.350/90, artigo 1º:

Art. 1º É criado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), mediante fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (Iapas) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

⁴ http://www.anfip.org.br/informacoes/noticias/Analise-da-Seguridade-Social-2012-ANFIP-confirma-superavit-e-critica-desoneracoes-desenfreadas_19-06-2013 - acessado em 10/06/2013, às 10h.

⁵“Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.”

lógica, dentre os quais, se há déficit, por que haveria desoneração de uma das mais relevantes fonte de custeio da previdência⁶?

Além disso, destacamos que a finalidade precípua da Previdência é cobrir os riscos sociais dos cidadãos, no melhor sentido de seguro social. Neste passo, quando um segurado sofre um infortúnio, pode socorrer-se ao INSS. No entanto, os estudos do CNJ demonstraram que há sérios problemas ocorrendo na relação segurado-previdência social, haja vista o INSS figurar por dois anos consecutivos como o maior litigante do país.

Diante destes inquietantes dados e da importância da autarquia, no presente trabalho buscamos encontrar as causas. Caso tivéssemos utilizado um raciocínio exclusivamente jurídico, este artigo pouco iria acrescentar, pois se restringiria ao que vem sendo alegado de forma rotineira e exaustiva: a Previdência Social está descumprindo a legislação pátria, ineficiência do procedimento administrativo, falta de servidores e etc.

No entanto, optamos por romper com esses paradigmas e utilizar dos postulados da Análise Econômica do Direito – AED, que propaga a interdisciplinaridade do direito e da economia. Sob o enfoque do comportamento racional dos agentes, dos custos de transação, do poder indutor das instituições e da teoria dos jogos, a AED forneceu o arcabouço necessário para sugerir que a Previdência Social está indeferindo benefícios deliberadamente.

E o pior, a forma com que o Judiciário se posiciona nas lides previdenciárias deu margem a um comportamento oportunista do INSS.

Diante deste cenário, o segurado é prejudicado duplamente, pois não tem a sua prestação concedida e ainda vê a sobre utilização do Poder Judiciário.

2. Os relatórios do CNJ: os 100 maiores litigantes do Brasil e o INSS.

O Direito permaneceu muitos anos trancado em seus próprios domínios, deixando de valer-se de importantes mecanismos existentes em outras Ciências para procurar resolver alguns dos seus problemas mais graves.

Pensando nisso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou em 2011 e 2012 relatórios com o objetivo de identificar os principais litigantes no Poder Judiciário⁷ e tornar mais eficiente a prestação do serviço jurisdicional.

⁶ Neste sentido ver o excelente trabalho da ANFIP em <http://fundacaoanfip.org.br/site/2012/06/desoneracao-da-folha-de-pagamentos/>

⁷ http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf e

O resultado em parte é surpreendente porque o INSS ocupa o posto de maior litigante do país por dois anos consecutivos. Imperioso destacar, ainda, a peculiaridade de cada relatório: o elaborado em 2011 utilizou informações de todos os processos não arquivados até 31/03/2010, enquanto o de 2012 tomou por base somente os processos distribuídos no interregno de 01/01/2011 a 31/10/2011.

Deste modo, verifica-se que a autarquia previdenciária não só foi parte mais presente no judiciário brasileiro até 2010, como em 2011 deu continuidade aos números.

Feitas estas considerações introdutórias, passemos a analisar as particularidades de ambos os estudos separadamente, enfocando o papel do INSS para a morosidade do Poder Judiciário.

2.1. O relatório de 2011.

O estudo denominado “100 maiores litigantes 2011” foi elaborado com todos os processos não baixados até 31/03/2010. Ademais, foram consideradas apenas as pessoas jurídicas e entidades, excluindo-se as pessoas físicas e o Ministério Público. Os dados tiveram como fonte o Departamento de Pesquisa Judiciária.

Pois bem, este relatório do CNJ expõe a contumaz presença da autarquia previdenciária nos 3 (três) principais segmentos da justiça (Federal, do Trabalho e Estadual). Não bastasse isso, em números absolutos, o INSS participava em nada menos do que **22,33%** de todas as ações que tramitavam na justiça até 31/03/2010, é o que demonstra a tabela abaixo:

Tabela 2: 100 maiores usuários em 2010 (% em relação aos 100 maiores)

Ranking	Cem maiores litigantes							
	Nacional		Justiça Federal		Justiça do Trabalho		Justiça Estadual	
1	INSS	22,33%	INSS	43,12%	União	16,73%	Estado do RS	7,73%
2	CEF	8,50%	CEF	18,24%	INSS	6,41%	Banco do Brasil S/A	7,12%
3	Fazenda Nacional	7,45%	Fazenda Nacional	15,65%	CEF	5,29%	Banco Bradesco S/A	6,70%
4	União	6,97%	União	12,77%	Grupo CEEE	5,22%	INSS	5,95%

5	Banco do Brasil S/A	4,24%	AGU	1,75%	Banco do Brasil S/A	4,82%	Banco Itau S/A	5,92%
6	Estado do RS	4,24%	FUNASA	0,79%	TELEMAR	4,31%	Brasil Telecom	5,77%
7	Banco Bradesco S/A	3,84%	INCRA	0,48%	Petrobrás	3,80%	Banco Finasa	4,08%
8	Banco Itau S/A	3,43%	EMGEA	0,47%	Fazenda Nacional	3,29%	Município de Manaus	3,81%
9	Brasil Telecom Celular S/A	3,28%	IBAMA	0,47%	Banco Itau S/A	2,89%	Município de Goiânia	3,76%
10	Banco Finasa S/A	2,19%	BACEN	0,39%	Banco Bradesco S/A	2,81%	Banco Santander	3,14%

Fonte: CNJ (2011).

Os dados expõem a significativa presença do INSS na Justiça Federal, participando em 43,12% dos processos⁸. Neste passo, ao analisarmos a tabela 5, a qual identifica os percentuais das partes que figuraram no polo passivo e ativo, verifica-se que a Previdência Social, na esmagadora maioria dos casos (**81%**), figura como ré, senão vejamos:

Tabela 5 - Listagem dos maiores litigantes da Justiça Federal pertencentes ao Setor Público Federal e Bancário

Litigantes dos maiores grupos pertencentes ao setor bancário da Justiça Federal	Percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes federais	Polo Ativo	Polo Passivo
Setor Público Federal	76,85%	31%	69%
INSS	43,12%	19%	81%
Fazenda Nacional	15,65%	69%	31%
União	14,52%	24%	76%

⁸ O maior volume nesta esfera é esperado, pois a CFRB/88, em seu artigo 109, determina a competência da Justiça Federal para julgar as lides envolvendo a União, entidades autárquicas e empresas públicas federais. No âmbito da justiça estadual, são julgadas as ações referentes a acidentes de trabalho, senão vejamos:

“**Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, **exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho**

(....)

§ 3º - **Serão processadas e julgadas na justiça estadual**, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

(...)” (grifo nosso)

Neste sentido também é a súmula 15, do STJ:

“Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.”

Funasa	0,79%	19%	81%
--------	-------	-----	-----

Fonte: CNJ (2011).

Diante deste relatório do CNJ de 2011, podemos chegar as seguintes conclusões:

a) Em valores aproximados, o INSS integrava quase $\frac{1}{4}$ (um quarto) ações não baixadas até 31/03/2010;

b) Na justiça federal participa com 43,12% do total e deste percentual **81% das ações** no polo passivo.

Abordaremos, agora, o estudo de 2012.

2.2. O relatório de 2012.

Este relatório foi elaborado com informações repassadas pelo Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ), que gerencia 56 Tribunais pátrios, dentre eles o Tribunal de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Federais⁹. O relatório também informa que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não foram incluídas de forma genérica no setor público, mas sim em seus respectivos setores econômicos. No relatório anterior, o setor público federal respondia pelo maior percentual de ações na Justiça Federal (76,85%).

Diferentemente do anterior, neste relatório o CNJ incluiu os dados dos juizados especiais, separando a listagem, portanto, em juizados e justiça comum. Nesta última, persistiu a subdivisão dos ramos Estadual, Federal e do Trabalho. Outro aspecto relevante é que o estudo foi alimentado somente com casos novos, ou seja, ações ingressadas entre 01/01/2011 a 31/10/2011.

Dentre estas ações, no âmbito da Justiça Comum, a tabela 2 destaca os 100 maiores litigantes, mas abaixo colacionamos apenas os 10 primeiros:

Tabela 3 - Listagem dos 100 maiores litigantes contendo o percentual de processos em relação ao total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de outubro de 2011 no 1º Grau (Justiça Comum).

Ordem	Cem maiores litigantes da Justiça Comum
-------	---

⁹ Não foram computados, no referido estudo, os processos criminais, tampouco os de competência da Justiça Eleitoral e Militar, uma vez que o Estado, necessariamente, está presente em todos estes casos no polo ativo. Assevera, o relatório que apenas o Ministério Público foi excluído, haja vista a sua função de *custus legis*.

	Consolidado das 3 justças		Justça Federal		Justça do Trabalho		Justça Estadual	
1	INSS	4,38%	INSS	34,35%	CNA	0,72%	INSS	3,09%
2	B.V Financeira	1,51%	Fazenda Nacional	12,89%	CEF	0,64%	B.V. Financeira	2,04%
3	Município de Manaus	1,32%	CEF	12,71%	União	0,56%	Município de Manaus	1,79%
4	Fazenda Nacional	1,20%	União	11,51%	Petrobrás	0,47%	Estado do RS	1,57%
5	Estado do RS	1,17%	AGU	2,01%	EBCT	0,36%	Municípios de SC	1,53%
6	União	1,16%	Receita Federal	1,20%	Banco Bradesco	0,31%	Banco Bradesco	1,26%
7	Municípios de SC	1,13%	IBAMA	1,19%	Banco Santander	0,28%	Banco Itaucard	1,13%
8	Banco Bradesco	0,99%	OAB	1,02%	Vale S/A	0,26%	Banco Itaucard	1,07%
9	CEF	0,95%	INMETRO	0,89%	BB	0,25%	Aymore Crédito	1,06%
10	Banco Itaucard	0,85%	Cons. Fed. Contab.	0,71%	Fazenda Nacional	0,24%	Banco Santander	1,01%

Fonte: CNJ (2012).

Na Justiça Estadual o INSS está presente em **3,09%** das ações, na Federal, este percentual passa para **34,35%**, enquanto na Justiça do Trabalho a participação não é significativa¹⁰.

¹⁰ Tal dado não é de todo preocupante, pois o estudo abrangeu as ações novas e, via de regra, a Previdência participa na fase de execução na Justiça do Trabalho, que é a responsável para determinar o pagamento das contribuições previdenciárias devidas, conforme estipula a súmula 368, do TST:

Súmula nº 368 - TST - Descontos Previdenciários e Fiscais - Competência - Responsabilidade pelo Pagamento - Forma de Cálculo

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998) (Alterado) - Res. 138/2005, DJ 23, 24 e 25.11.2005

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/1996. (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ nº 228 - Inserida em 20.06.2001)

Ao consolidar os dados constata-se que o INSS integrou **4,38%** das ações ajuizadas no período compreendido entre 01/01/2011 e 31/10/2011.

A tabela 4 do relatório do CNJ se volta ao âmbito dos Juizados Especiais e os dados referentes aos 10 primeiros litigantes são estes:

Tabela 4 - Listagem dos 100 maiores litigantes contendo o percentual de processos em relação ao total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de outubro de 2011 nos Juizados Especiais.

Ordem	Cem maiores litigantes nos Juizados Especiais					
	Consolidada		Justiça Estadual		Justiça Federal	
1	INSS	21,76%	B.V. Financeira	1,80%	INSS	79,09%
2	CEF	1,96%	Telemar	1,70%	CEF	7,12%
3	União	1,82%	Banco Santander	1,63%	União	6,61%
4	B.V. Financeira	1,30%	Banco Itaucard	1,60%	AGU	2,83%
5	Telemar	1,23%	Banco Bradesco	1,57%	FUNASA	1,23%
6	Banco Santander	1,18%	Banco Itaucard	1,52%	DNOCS	0,63%
7	Banco Itaucard	1,16%	BB	1,49%	EBCT	0,37%
8	Banco Bradesco	1,14%	OI	1,35%	Estado de SC	0,27%
9	Banco Itaucard	1,10%	TIM	1,21%	Ministério da Saúde	0,24%
10	BB	1,09%	Vivo	0,86%	INCRA	0,15%

Fonte: CNJ (2012).

III - Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, § 4º, do Decreto n° 3.048/99 que regulamentou a Lei n° 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJ n° 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ 228 - Inserida em 20.06.2001)

Em números absolutos o INSS lidera o ranking de maiores litigantes nos Juizados Especiais, estando presente em **21,76%** das ações distribuídas no interregno de 01/01/2011 a 31/10/2011.

Oportuno destacar que nos **Juizados Especiais Cíveis**¹¹, a participação do INSS, por motivos de competência, não é significativa, sequer figurando entre os primeiros.

Todavia, nos **Juizados Especiais Federais Cíveis**¹², as ações que versam sobre benefícios previdenciários mantidos pelo RGPS – Regime Geral de Previdência Social, representam **79,09%** do total.

Neste passo, ao analisarmos as disposições contidas no artigo 6º, incisos I e II, da Lei 10.259/2001, verifica-se que a Previdência Social não pode integrar o polo ativo das ações que tramitam sob o rito dos juizados.

Diante de todo o exposto, as conclusões que podemos fazer deste estudo são as seguintes:

Em um período de 10 (dez) meses:

- a) O INSS foi a parte que mais esteve presente das ações ajuizadas;
- b) Na Justiça Federal, **34,35%** das ações distribuídas versam sobre matéria previdenciária;
- c) Nos Juizados Especiais Federais a presença da autarquia previdenciária ocorreu em **79,09%** das ações, **todas elas no polo passivo**;
- d) Os Juizados Especiais Federais praticamente se prestam apenas para atender lide envolvendo o INSS.

2.3. Análise conjunta dos relatórios.

¹¹ Lei 9.099/95, artigo 3º, § 2º:

“**Art. 3º** O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

(...)

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

(...)” (grifo nosso)

¹² Consoante estabelece a Lei 10.259/2001, artigo 6º:

“**Art. 6º** Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II – como rés, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

(...)” (grifo nosso)

Ao tomarmos por base os estudos do CNJ, serão adotadas duas premissas: a) o indeferimento de um benefício ou, b) sua concessão em desconformidade com o que estabelece a lei. Por isso, a premissa considera hipóteses em que o INSS figura como réu. Essa escolha baseia-se na maior probabilidade da sua ocorrência, pois, excetuando-se casos de cobrança do INSS, tal qual ocorre com as ações regressivas, este geralmente será réu e não autor das ações.

Tal assertiva ainda é corroborada com o relatório de 2011, que demonstra ter sido o INSS réu em 81% das ações que tramitaram na Justiça Federal e com o de 2012, que demonstrou ter o INSS integrado 79,09% das ações distribuídas nos Juizados Especiais Federais. Conforme previsto expressamente pela Lei 10.259/2001, artigo 6º, incisos I e II, a autarquia previdenciária não pode ser a parte autora neste rito, de modo que certamente figurou no polo passivo em todas as ações abrangidas pelo estudo.

Assim sendo, a autarquia previdenciária é quem mais demanda trabalho do Poder Judiciário.

Diante deste voluptuoso número de ações envolvendo a Previdência Social, as questões que procuraremos responder são: o INSS indefere os pedidos deliberadamente para remeter as partes ao Poder Judiciário? O Poder Judiciário é o culpado ou a vítima neste caso? Há casos em que a posição administrativa da autarquia difere da consolidada pela jurisprudência pátria, de modo que a matéria deveria não ser levada a apreciação do Poder Judiciário?

3. Análise econômica do direito: a problemática sob o enfoque da maximização do interesse pessoal, custos de transação e teoria dos jogos.

Para tentar responder as questões formuladas, será utilizado o instrumento fornecido pela análise econômica do direito (AED)¹³ que, em linhas gerais, propaga o estudo interdisciplinar das ciências jurídica e econômica, facilitando a compreensão das regras e como as pessoas reagem a incentivos, conforme ensina Ivo Gico Junior¹⁴:

“A economia moderna se fundamenta basicamente no estudo dos incentivos para as

¹³ Método surgido na década de 1960, na escola de Chicago, com os estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Becker. Recomenda-se a leitura de COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

¹⁴ GICO, Ivo Teixeira Jr. **A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Tese de doutorado em economia, UNB, 2012. p. 6.

condutas humanas. O direito, por sua vez, pode ser considerado como uma técnica institucional de controle do comportamento humano pelo uso da força estatal (em contraposição ao uso de pressão social ou moral). Sendo assim, a Análise Econômica do direito nada mais é do que a utilização do ferramental teórico econômico para estudar os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico.”

Para este método de compreensão do direito, o ordenamento jurídico exerce o papel de indutor de condutas e os indivíduos podem ser comparados a agentes econômicos. Diz-se isto porque o direito é responsável por prever ações que, uma vez praticadas, geram repercussões no mundo.

Como o indivíduo é norteado por sua racionalidade, buscará sempre a maximização do seu bem-estar. Tal raciocínio não se restringe a pessoas físicas, uma vez que as empresas também maximizam o seu bem estar buscando o lucro e, no caso do INSS, a maximização visa postergar o pagamento do benefício e até, quiçá, contar com a probabilidade do titular do não buscar o Poder Judiciário para garantir o seu direito.

Neste passo, antes de tomar qualquer decisão, os agentes econômicos ponderam os benefícios que a conduta pode trazer, com os custos a serem dispendidos.

A referida situação aplica-se a quase todos os atos praticados e também a processos judiciais. Para melhor compreensão do exposto, tomemos casos práticos. Um sujeito somente irá ingressar com uma ação após concluir que o benefício oriundo do êxito, será superior aos custos que terá. Desse modo, se a sua pretensão econômica é R\$1.000 (mil reais) e os custos forem de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), a relação custo-benefício não compensará. Em seu raciocínio também deverá contar a posição dos tribunais pátrios acerca do seu direito, pois as chances de êxito se reduzirão de modo significativo se a jurisprudência for desfavorável. Deste modo, tanto os custos monetários, quanto as possibilidades de êxito, são definidos pela AED como custos de transação.

Para Cooter e Ullen, os custos de transação são os custos das trocas ou comércio¹⁵ e não se resumem a aspectos financeiros, mas ao tempo dispendido, o nível de informação do indivíduo, o comportamento insensato ou imprevisível das partes, as penalidades dispendiosas ou, ainda, as possibilidades de rescisão ou cancelamento do negócio pactuado. Neste sentido, os indivíduos agem como agentes econômicos e buscam a maximização do seu bem-estar, reduzindo ao máximo os custos transacionais.

¹⁵ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105.

North¹⁶ assevera, com amparo em Ronald Coase, que há um link entre as instituições e os custos transacionais:

“Foi Ronald Coase (1960) que fez a conexão crucial entre as instituições, os custos de transação e a teoria neoclássica. O resultado neoclássico dos mercados eficientes é obtido apenas quando o custo de transação é pequeno. Apenas sobre condições de negociação de custos é que os atores atingirão soluções que maximizam a agregação de lucros independente do arranjo das instituições(...)”

Diante disto, os agentes econômicos, em face de sua racionalidade, serão sempre induzidos a reduzir os custos transacionais. Caso obtenham êxito nisto, a escolha foi eficiente.

Cabe, portanto, ao ordenamento jurídico oferecer um ambiente favorável à colaboração dos agentes, a fim de que sejam reduzidas as possibilidades de erro nos negócios jurídicos e seja evitado o ingresso na justiça. Ocorre que a posição adotada pela jurisprudência pátria atual está estimulando o indeferimento administrativo de benefícios previdenciários, o que leva o INSS à prática da teoria dos jogos, senão vejamos.

3.1. Teoria dos Jogos.

Cooter e Ullen¹⁷ definem a teoria dos jogos:

“O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. Consequentemente, a teoria dos jogos aumentara nossa compreensão de algumas regras e instituições jurídicas.”

A prática da mencionada teoria resta evidente na relação segurado-INSS. Para requerer a concessão de um benefício previdenciário, o cidadão deve se dirigir a uma agência do INSS e formular o requerimento administrativo manifestando o seu interesse em obter determinada prestação.¹⁸

¹⁶ NORTH, Douglas. **Structure and Change in Economy History**, Cambridge University Press, 1990. p. 360-361.

¹⁷ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.** p. 56.

¹⁸ Os benefícios concedidos pelo INSS são de várias tipos. No caso de enfermidade, o INSS oferece os benefícios auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente. Em caso de morte, o INSS prevê uma pensão aos dependentes. Quando o risco social está relacionado à idade avançada, a prestação à disposição é a aposentadoria por idade. Em casos de trabalhos que expõem os trabalhadores a agentes nocivos em níveis superiores aos toleráveis pela legislação, existe a aposentadoria especial e assim sucessivamente. Isto representa o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, insculpido no artigo 194, III, do texto constitucional.

Quando o INSS indefere o pedido administrativo, o cidadão pode buscar o amparo do Poder Judiciário, através de um processo judicial. Caso este segurado venha a ter reconhecido o seu direito pela justiça, terá direito as parcelas devidas desde o requerimento administrativo, regra geral, corrigidas de juros e correção monetária.

No entanto, a forma com que a justiça pátria está manifestando a sua jurisprudência representa um estímulo ou incentivo ao INSS para negar os benefícios. Diz-se isto porque entende-se que o indeferimento não gera um dano moral ao segurado e ainda oferece à Previdência Social a possibilidade de conciliação, que irá reduzir os seus custos transacionais, conforme melhor se explicará no item a seguir.

Como consequência, há o enfraquecimento da utilidade do processo administrativo e a sobre utilização do Poder Judiciário, como demonstrado nos estudos do CNJ, na medida em que há um estímulo ou incentivo para que o INSS procure direcionar pleitos que poderiam ser atendidos administrativamente para litígios judiciais em face da maximização que pode obter se conseguir a conciliação.

3.2. A conciliação e o comportamento oportunista.

Desde o ano de 2010, a conciliação está sendo bastante estimulada pelo CNJ, como se verifica na Resolução nº 125, que visa incentivar no âmbito da Justiça o mecanismo consensual de solução de conflitos.

No que se refere a possibilidade de conciliação¹⁹, esta possui ainda maior força nas ações que tramitam nos juizados especiais²⁰, onde o INSS não pode integrar o polo ativo. Neste sentido, lembramos que o estudo do CNJ de 2012 demonstrou que a participação da autarquia previdenciária ocorreu em **79,09%** das ações ajuizadas nos juizados especiais federais. Seriam estes dados mera coincidência?

A AED demonstra que não, pois este método tem se mostrando uma grande oportunidade para o INSS reduzir os seus custos de transação, vejamos através de exemplos concretos.

¹⁹ Outro dado interessante é que neste método alternativo de resolução de conflitos não incidem os honorários de sucumbência, de modo que a autarquia não terá que pagar ao advogado do segurado outras despesas senão aquelas inerentes ao próprio benefício.

²⁰ Tal afirmação decorre do artigo 1º, da Lei 9.099/95, que assim dispõe:

“Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (grifo nosso)

O segurado tem seu pedido de aposentadoria negado em uma agência da Previdência Social e, não concordando com a decisão, decide ingressar com uma ação judicial. Ocorre que na justiça, valendo-se da conciliação, o INSS tem a possibilidade de oferecer ao segurado um valor menor daquele que teria sido pago administrativamente, quando inexistente esta opção.

Para melhor compreender o exposto, suponhamos que seja devida a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) ao indivíduo. Utilizando-se da conciliação, o INSS lhe oferece 80% ou 90% do valor devido. Caso seja aceita a proposta, o segurado estará renunciando 20% ou 10%, ao passo que a Previdência Social será beneficiada no mesmo percentual com o indeferimento.

Esta atitude demonstra que através do indeferimento administrativo podem ser reduzidos os custos transacionais em benefício do INSS, uma vez que o segurado, após uma ação judicial, tem grandes chances de receber quantia inferior a que receberia administrativamente. E o pior, após o transcurso de meses ou anos. Assim, os custos de transação do segurado são elevados pela conduta do INSS, porque há os gastos inerentes a um processo e a perda de um tempo considerável para obter a satisfação judicial do direito que deveria ter sido deferido administrativamente.

Não bastasse o que foi dito em relação aos custos transacionais há outro aspecto a ser avaliado: com negativa em sede administrativa e o ingresso na via judicial, o direito do segurado **é analisado por outro órgão.**

Assim sendo, o judiciário é “usado” como um fiscalizador das decisões administrativas. O segurado leva o seu direito para apreciação da justiça, abre-se um novo procedimento, com nova instrução probatória e ainda é oferecida à Previdência a possibilidade de pagar menos do que iria fazê-lo administrativamente.

Deste modo, verifica-se que a não concessão de um benefício na seara administrativa pode estar permeada por um comportamento oportunista da autarquia que, visando diminuir os seus custos de transação, nega o pedido do segurado.

No que se refere ao comportamento oportunista, este pode ser assim definido²¹:

“O oportunismo, segundo a concepção de Williamson (1985), significa o comportamento baseado na astúcia. Na maior parte das vezes, o oportunismo envolve formas sutis de engodo, que tanto podem ser formas ativas ou passivas e também formas *ex ante* e *ex post*.”

²¹ BEGNIS, H. S. M. et al. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil.** *Revista Gestão e Produção*, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, maio/ago. 2007. p. 312.

Todo agente econômico pode estar sujeito ao referido comportamento, o que não pode ocorrer é a Justiça ou o ordenamento jurídico estimular esta prática. Conforme visto, ambos são indutores de condutas e refletem diretamente nas ações dos agentes.

Deste modo, antes de agir pautado no oportunismo, o agente irá fazer um rápido raciocínio se os benefícios desta conduta compensarão os riscos a ela inerentes. É o que o INSS parece fazer ao indeferir pedidos administrativos. Essa avaliação poderia ser mais precisa se fosse elaborado um estudo indicando quantos pedidos levados a julgamento nos Juizados Especiais Federais são julgados procedentes em desfavor do INSS. Se o percentual for elevado, estará comprovado o comportamento oportunista do INSS.

Ademais, importante destacar que o comportamento baseado na astúcia pode levar a sérias consequências, pois afeta a estabilidade e o grau de cooperação que se espera de uma cadeia produtiva, como bem elucidam Heron Sergio Moreira Begnis, Vania de Fátima Barros Estivalet e Eugênio Avila Pedroso²²:

“Mesmo em cadeias com elevado grau de coordenação, e nas quais existe um elevado nível de comprometimento entre os seus componentes, o auto-interesse dos agentes pode levar à sua desarticulação. Isto ocorre porque estes estão sujeitos ao oportunismo, que destrói a confiança e que é um dos pilares que sustenta a base dos relacionamentos, tanto entre indivíduos como entre organizações.” (p. 311)

Diante disto, o processo administrativo pode ser equiparado a uma cadeia produtiva e o bom funcionamento desta depende da maneira com que cada agente irá reagir. Para que tal procedimento possa atingir eficiência, todas as partes têm de acreditar no comportamento cooperativo e confiável de cada parceiro.

No entanto, caso a escolha de um dos agentes seja conduzida pelo oportunismo, tal qual está ocorrendo com o processo administrativo previdenciário, haverá a sua desarticulação. Como consequência, será movida a máquina do Judiciário com sua sobre utilização indevida.

Um aspecto que poderia alterar esta prática oportunista da autarquia é a condenação em danos morais, que poderia funcionar como uma forma de incentivo inverso para o INSS não buscar o Poder Judiciário, o que não tem ocorrido nos tribunais pátrios, conforme se aborda no próximo tópico.

²² *Ibid.* p. 312-313.

3.3. Efeitos do indeferimento de um benefício e exemplos de casos em que a esfera judicial poderia ser evitada.

O pensamento da jurisprudência pátria acerca do indeferimento administrativo, especialmente no que se refere a responsabilidade civil da Autarquia é refletido no julgado abaixo, proferido pela Turma Nacional de Uniformização – TNU:

EMENTA-VOTO RESPONSABILIDADE CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA RAZOÁVEL. 1. A responsabilidade civil dos entes públicos é objetiva, conforme artigo 37, §6º da CF/88. É dizer: basta a comprovação do nexos entre conduta e resultado danoso para que surja o dever de indenizar. 2. A Administração deve pautar suas decisões no princípio da legalidade. Cabendo mais de uma interpretação a determinada lei e estando a matéria não pacificada nos tribunais, não há óbice que haja divergência entre a interpretação administrativa e a judicial. Assim, o mero indeferimento administrativo de benefício previdenciário não é, por si só, razão para condenar a Autarquia em dano moral, devendo ser analisada as especificidades do caso concreto, especialmente a conduta do ente público. 3. Hipótese em que o INSS, ao analisar o requerimento de pensão, não abusou do seu direito de aplicar a legislação previdenciária, sendo razoável a interpretação dada a Lei n. 8.213/91 quanto ao término da qualidade de segurado do instituidor. Logo, legítimo e correto o indeferimento do benefício. 4. Recurso conhecido e provido. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma Nacional De Uniformização dar provimento ao incidente de uniformização, nos termos do voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sessão de 25 de abril de 2012. (PEDILEF 200851510316411, JUIZ FEDERAL ANTÔNIO FERNANDO SCHENKEL DO AMARAL E SILVA, DOU 25/05/2012.)

Verifica-se, portanto, que havendo interpretação diversa acerca de determinado ato normativo ou direito, não há que se falar em dano. Igualmente a responsabilidade civil da Previdência será afastada quando inexistir pacificação dos tribunais sobre o direito em debate. Todavia, há casos em que a questão já está pacificada e, mesmo assim, permanece a Previdência Social ignorando a jurisprudência pátria²³.

O exemplo emblemático ocorre com o tempo rural exercido em regime de economia familiar. É inconteste na jurisprudência²⁴ que os serviços rurais prestados pelo menor de 12 a 14 anos, na referida condição, podem ser considerados para fins previdenciários.

²³ O próprio CNJ, em seu site, publicou uma notícia de que o INSS ignora a jurisprudência pátria, inclusive as questões já pacificadas pelos principais:
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15084-agencias-do-inss-nao-seguem-decisoes-da-justica> - acessado em 01/09/2013, às 15h.

²⁴ Neste sentido é a posição do STF (AR 3.629/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2008, DJE 09/09/2008) e a súmula nº 05, da TNU: “A prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários.”

Ocorre que o segurado não consegue o reconhecimento deste direito na esfera administrativa, uma vez que o INSS insiste em reconhecer somente a partir dos 14 anos de idade.

Outra questão que não deveria ser levada a justiça ocorre com as diferenças salariais reconhecidas em reclamatória trabalhista. Conforme já visto, a Justiça do Trabalho é a competente para executar as contribuições fiscais, então se houve um acréscimo na remuneração do obreiro, conseqüentemente, haverá repercussão em seu salário de contribuição²⁵.

Ocorre que a autarquia previdenciária tem permanecido inerte²⁶. Desse modo, a única saída é buscar o Poder Judiciário, o que contribui para sua morosidade porque é obrigado a julgar matérias já pacificadas.

Essa conduta do INSS caracteriza-se como oportunista e está baseada na ausência de condenação por dano moral por abuso do exercício de direito e também, como exposto anteriormente, na possibilidade da conciliação com pagamentos inferiores aos devidos.

4. Considerações Finais.

²⁵ Lei 8.212/91, artigo 28 assim dispõe:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...)”

²⁶ Como demonstra a ementa do processo de nº0004808-55.2012.404.9999, julgado pelo TRF4:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DIFERENÇAS SALARIAIS RECONHECIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL. 1. Pacificado nesta Turma o entendimento de que não serve o Judiciário como substituto da administração previdenciária, agindo como revisor de seus atos. 2. Tendo em vista, no entanto, a resistência em juízo pela Autarquia Previdenciária à pretensão deduzida na inicial, resta afastada a alegada carência de ação por ausência de prévio requerimento administrativo. 3. O êxito do segurado em anterior reclamatória trabalhista, com relação ao reconhecimento de parcelas salariais, atribui-lhe o direito de postular a revisão dos salários-de-contribuição componentes do período de cálculo do benefício, ainda que a Autarquia Previdenciária não tenha participado da relação processual. 4. Com relação ao termo inicial dos efeitos financeiros da revisão, a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que deve retroagir à data da concessão do benefício, respeitada a prescrição quinquenal, tendo em vista que o deferimento de verbas trabalhistas representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado. (TRF4, APELREEX 0004808-55.2012.404.9999, Sexta Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 23/08/2013).

A pouca rigidez da justiça com erros e falhas cometidas pela Previdência Social e a possibilidade de o INSS reduzir os seus custos transacionais com a conciliação são fortes motivos que contribuíram para a sobre utilização do judiciário na matéria previdenciária.

No que se refere ao primeiro argumento, a justiça pátria entende que o indeferimento de um benefício não gera um dano, apenas um dissabor ao segurado. Assevera, ainda, que no caso de determinado direito possuir mais de uma interpretação, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. Tais premissas são preocupantes e quase eliminam as hipóteses cabíveis de dano, pois nos casos de benefícios por incapacidade, a inaptidão do obreiro depende do parecer médico, o qual pode diferir de profissional para profissional; nos casos de tempo especial, a exposição aos agentes nocivos depende da avaliação do setor técnico, o qual também é relativo; no que se refere ao tempo rural, a existência de início de prova material depende de um ponto de vista subjetivo, portanto discricionário e assim sucessivamente.

Já no que se refere a conciliação, esta se revelou um eficaz instrumento para a autarquia previdenciária sob dois aspectos: o primeiro é a possibilidade de pagar ao segurado menos do que faria administrativamente. E a segunda, é entregar a um outro órgão, no caso o Judiciário, a análise do direito do cidadão. Diante disto, se há a possibilidade do Judiciário fiscalizar o trabalho e ainda pagar menos para isto, para que conceder benefícios administrativamente?

Estes motivos, refletidos nos estudos do CNJ, levaram ao esvaziamento da esfera administrativa. O estudo de 2011 expôs que na Justiça Federal, onde 43,12% das ações versam sobre o RGPS, o INSS integrou o polo passivo em nada menos do que 81%. Já o relatório de 2012 demonstrou que 79,09% das ações distribuídas nos juizados especiais federais tiveram o INSS como parte (passiva, haja vista a Lei 10.259/2001, artigo 6º, incisos I e II).

Neste passo, tem-se evidente que o INSS adota um comportamento oportunista que leva ao indeferimento de benefícios administrativamente. Como consequência, enfrentamos a sobre utilização do Judiciário nas lides previdenciárias.

5. Referências bibliográficas.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações.** Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 20.

BEGNIS, H. S. M. et al. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil.** *Revista Gestão e Produção*, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, maio/ago. 2007.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia.** Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GICO, Ivo Teixeira Jr. **A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário.** Tese de doutorado em economia, UNB, 2012.

NORTH, Douglas. **Structure and Change in Economy History**, Cambridge University Press, 1990

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** *Cadernos Direito GV*, v. 5, 2008.