BRUNO TAKAHASHI

**O PAPEL DO TERCEIRO FACILITADOR
NA CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS PREVIDENCIÁRIOS**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo-SP

2015

BRUNO TAKAHASHI

**O PAPEL DO TERCEIRO FACILITADOR
NA CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS PREVIDENCIÁRIOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Prof. Associado Dr. Carlos Alberto de Salles. **Versão revista após Banca de Defesa realizada em 31 de março de 2015.**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo-SP

2015

Nome: Bruno Takahashi

Título: O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

TAKAHASHI, Bruno. **O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, 240 p.

A conciliação judicial de conflitos previdenciários envolve, em geral, uma proposta de acordo baseada na renúncia pelo indivíduo de parte dos valores do benefício em atraso em um processo no qual a decisão contrária ao entendimento do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é muito provável. Como regra, há um notório desequilíbrio de poder envolvendo, de um lado, um litigante ocasional (indivíduo) e, de outro, um litigante habitual (INSS). O presente trabalho pretende discutir qual o papel do terceiro facilitador nesse contexto, de modo a legitimar a prática existente e avançar para uma mudança de paradigma. Para tanto, parte-se da tese de que a conciliação deve ser adequada ao conflito que se pretende tratar, cabendo ao terceiro facilitador atuar de acordo com as peculiaridades desse conflito. Desse modo, propõe-se que, para o tratamento do conflito previdenciário, o conceito de conciliador deve ser entendido em termos amplos, abrangendo não apenas o conciliador leigo, mas também o juiz conciliador e o Judiciário como conciliador interinstitucional. Embora cada uma dessas atuações possua características próprias, sustenta-se que o ponto em comum é o respeito a um devido processo legal mínimo que possibilite a existência de uma base adequada de poder e que permita, assim, a tomada de uma decisão informada pelas partes. Dessa forma, a flexibilidade instrumental própria da conciliação não impediria o estabelecimento de parâmetros mínimos da atuação do conciliador. Por isso, tendo como limite a tomada de uma decisão informada, o conciliador atuaria por meio de estratégias variadas, aproximando-se e distanciando-se das partes, com maior ou menor interferência, de acordo com as características do caso apresentado. Conclui-se que, com a atuação conjunta e coordenada das diversas espécies de conciliador é possível aprimorar qualitativamente a conciliação de conflitos previdenciários.

Palavras-Chave: *Meios adequados de solução de controvérsias, conflito previdenciário, devido processo legal, desequilíbrio de poder, litigância habitual, conciliação, conciliador.*

ABSTRACT

TAKAHASHI, Bruno. **The role of the third party in the conciliation of pension funds conflicts.** Master Degree Thesis. São Paulo: Faculty of Law, University of São Paulo, 2015, 240 p.

The court-connected conciliation (or evaluative mediation) of pension funds conflicts in Brazil involves, generally, an agreement in which the individual plaintiff waives part of a benefit in a lawsuit that the defendant, a national government agency called Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), will probably lose. As a general rule, there is a significant imbalance of power between a *one-shotter* (individual) and a *repeat player* (INSS). The present work aims to discuss the role of the conciliator (or evaluative mediator) in this scenario, in order to legitimate the current practice and to allow a paradigm shift. Firstly, it argues that conciliation should be appropriate to the conflict to be resolved and that the conciliator also should act according to the peculiarities of this conflict. Therefore, it is proposed that the definition of conciliator might be enlarged to cover not only the lay person who acts as a conciliator, but also the judge as a conciliator and the Judiciary as an interinstitutional conciliator. Although each species has its own characteristics, it is argued that the common point is that all must try to guarantee the observance of a minimal due process of law which allows the existence of an adequate basis of power and thus enable parties to make an informed decision. Consequently, the flexibility of the conciliation rules would not prevent the establishment of minimum standards of the conciliator's performance. Limited by the aim to allow parties to make an informed decision, the conciliator would act through a variety of strategies. It means being close or far from the parties, interfering in a greater or a smaller level, depending on the characteristics of a particular conflict to be dealt. To sum up, this work concludes that, if the three species of conciliator work together in a coordinated way, it could be possible to have a qualitative improvement in the conciliation of pension funds conflicts.

Keywords: *Appropriate Dispute Resolution (ADR), pension funds conflicts, due process of law, imbalance of power, repeated litigation, conciliation, evaluative mediation, conciliator.*

LISTA DE SIGLAS

- AGU** – Advocacia-Geral da União
- CECON** – Central de Conciliação
- CF** – Constituição Federal
- CJF** – Conselho da Justiça Federal
- CNJ** – Conselho Nacional de Justiça
- CPC** – Código de Processo Civil
- CRPS** – Conselho de Recursos da Previdência Social
- DER** – Data da Entrada do Requerimento
- DIB** – Data do Início do Benefício
- DIP** – Data do Início dos Pagamentos
- DPU** – Defensoria Pública da União
- FONAJEF** – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais
- JEF** – Juizado Especial Federal
- INSS** – Instituto Nacional do Seguro Social
- IPEA** – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
- LOAS** – Lei Orgânica da Assistência Social
- MPF** – Ministério Público Federal
- PFE-INSS** – Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social
- PGF** – Procuradoria-Geral Federal
- RGPS** – Regime Geral da Previdência Social
- RMA** – Renda Mensal Atual
- RMI** – Renda Mensal Inicial
- STF** – Supremo Tribunal Federal
- TRF** – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: PREMISSAS CONCEITUAIS.....	18
1.1. Breve histórico normativo.....	18
1.2. A conciliação como <i>veneno-remédio</i>	22
1.2.1. Os promotores da eficiência e os promotores da qualidade	23
1.2.2. Os fundamentos da justiça conciliativa	25
1.2.3. A natureza ambígua da conciliação	26
1.3. O conflito previdenciário sob a ótica da instrumentalidade	
metodológica.....	28
1.3.1. Os elementos do conflito previdenciário	29
1.3.2. Os limites do conceito de conflito previdenciário	32
1.3.3. A nota peculiar do conflito previdenciário	34
1.4. A conciliação entre os meios adequados de solução de controvérsias .	40
1.4.1. A classificação dos meios de solução de controvérsias.....	42
1.4.2. A importância do papel do terceiro na classificação dos mecanismos	43
1.4.3. A diferença entre a conciliação e a mediação.....	44
1.4.4. O conceito de conciliação como resultado	48
1.5. A conciliação judicial de conflitos previdenciários.....	50
1.5.1. Os reflexos da litigância habitual na conciliação	50
1.5.2. As vantagens do uso da conciliação em conflitos previdenciários.....	52
1.5.3. A relevância do devido processo legal mínimo.....	57
1.6. Síntese	61
CAPÍTULO 2: OS LIMITES NA CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS	
PREVIDENCIÁRIOS	63
2.1. O mito da indisponibilidade do interesse público revisitado.....	66
2.1.1. A ausência de indisponibilidade normativa.....	68
2.1.2. A ausência de indisponibilidade material	70
2.2. A disponibilidade condicionada e a vinculação ao interesse público...	73
2.2.1. Condicionantes impostas ao indivíduo	74
2.2.2. Condicionantes impostas ao INSS.....	76
2.3. Para além da transação de direito indubitável	77
2.4. O espaço a ser explorado.....	80
2.4.1. Certeza e incerteza do direito aplicável	81
2.4.2. Matéria de fato e matéria de direito	83
2.5. A legalidade construída.....	84
2.5.1. Revendo o princípio da legalidade	85

2.5.2. O modelo ideal e os desafios do conciliador	88
2.6. Síntese	90
CAPÍTULO 3: O TERCEIRO FACILITADOR: PANORAMA GERAL.....	92
3.1. O terceiro facilitador em sentido amplo e suas espécies	92
3.2. Poder e o desequilíbrio de poder	96
3.3. Base adequada de poder e devido processo legal mínimo.....	101
3.4. Entre a imparcialidade e o cuidado	104
3.5. A decisão informada como limite da proximidade	108
3.6. Parâmetros gerais de atuação do conciliador de conflitos previdenciários	110
3.7. Síntese	112
CAPÍTULO 4: O CONCILIADOR LEIGO	114
4.1. Antes da sessão de conciliação: a capacitação prévia, a preparação do ambiente e a análise prévia do conflito	115
4.1.1. A capacitação em conflitos previdenciários	115
4.1.2. Aspectos físicos ou ambientais	118
4.1.3. A análise preliminar do conflito	120
4.2. Durante a sessão de conciliação: a possibilidade de apresentar sugestões.....	123
4.2.1 Informar, sugerir e avaliar: o que é permitido ao conciliador?	124
4.2.2. Limites da informação	126
4.2.3. Apresentando sugestões.....	131
4.2.4. Critérios para a escala móvel de intervenções.....	132
4.2.5. A conduta no decorrer das fases do processo conciliatório.....	136
4.2.6. E se o conciliador considerar o acordo injusto?	144
4.3. Após a sessão de conciliação: as vedações de atuação em casos futuros	145
4.4. Síntese	147
CAPÍTULO 5: O JUIZ CONCILIADOR	148
5.1. Antes da sessão de conciliação: gerenciamento de casos e desenhos de procedimentos conciliatórios	148
5.1.1. Os desenhos procedimentais.....	152
5.1.2. A audiência de conciliação	154
5.1.3. A triagem	156
5.1.4. O momento processual da tentativa de conciliação	158
5.1.5. As pautas temáticas concentradas.....	160
5.1.6. O desenho procedimental ideal.....	162
5.2. Durante a sessão de conciliação: o juiz na tentativa de conciliação...	163

5.2.1. Tomada de decisões para facilitar a conciliação	164
5.2.2. Conciliando as partes.....	166
5.2.3. Juiz da causa <i>versus</i> juiz conciliador.....	170
5.3. Após a sessão de conciliação: a homologação dos acordos e a avaliação	
do desenho procedimental.....	173
5.3.1. Homologação de acordos.....	174
5.3.2 Avaliação do desenho procedimental	183
5.4. Síntese	184
 CAPÍTULO 6: O JUDICIÁRIO COMO CONCILIADOR	
INTERINSTITUCIONAL	186
6.1. Antes da sessão de conciliação: o diálogo interinstitucional prévio...	188
6.1.1. A atuação do conciliador interinstitucional	190
6.1.2. Legitimidade do contato	194
6.1.3. A <i>parceria</i> e os riscos correlatos	200
6.1.4. O papel que se espera do Judiciário: o devido processo legal mínimo expandido.....	204
6.2. Durante a sessão de conciliação: o monitoramento dos programas .	210
6.3. Após a sessão de conciliação: a consolidação e a avaliação dos	
resultados.....	210
6.4. Síntese	213
CONCLUSÕES.....	215
REFERÊNCIAS.....	222
ANEXO: TERMO DE ACORDO PADRONIZADO	233

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Os elementos do conflito previdenciário.....	36
Figura 2. A gradação entre informar, sugerir e avaliar.....	130
Figura 3. O Judiciário como conciliador interinstitucional sob a faceta de diretor do fluxo da comunicação.....	211

INTRODUÇÃO

“Em contextos de notório desequilíbrio de poder, não existe solução simples. Se o conciliador tenta corrigir o desequilíbrio, ele pode ser visto como um advogado da parte mais fraca ou menos capacitada, comprometendo sua neutralidade. No entanto, se ele não faz nada, é possível que a parte mais fraca não tenha uma autêntica habilidade para ter uma participação efetiva, levantando igualmente preocupações éticas.”

- Kimberlee K. Kovach¹

Um senhor com pouco mais de sessenta anos de idade comparece à sessão de conciliação com trajas simples, mãos calejadas dos anos de trabalho com a enxada e rosto castigado pelo sol. A única informação que possuía é que tinha entrado com um processo para, segundo suas próprias palavras, tentar “se encostar”. Mal começa a sessão, o procurador federal que representa o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) dá uma rápida olhada no processo, pede para ver a mão do indivíduo e, então, fala mecanicamente: *“A proposta é de conceder o benefício de aposentadoria por idade rural desde a DER, com pagamento de 80% dos atrasados, com DIP na data da audiência e RMI de um salário-mínimo”*. Aturdido com tantas siglas, só depois de alguns minutos o autor percebe que havia outra pessoa na mesa além de seu advogado. Essa pessoa parece ser um jovem estudante, que nem ao menos se identifica e se limita a digitar uma ou outra palavra, olhando fixamente para a tela do computador.

Desconfortável, o indivíduo tenta entender o motivo pelo qual teria que renunciar a algum valor se, de fato, trabalhou por mais de quinze anos na roça e tinha vários documentos que comprovavam isso, desde a sua certidão de casamento até a ficha de registro de empregado e os recibos de pagamento de salários. Incomodado, olha para a

¹ Mediation. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C.. *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 311, em tradução livre.

pessoa do computador que, sem o encarar, diz: “a opção de não aceitar o acordo é do senhor; mas se não aceitar, o processo vai para julgamento; ainda que favorável, o INSS poderá recorrer; então, serão anos sem receber nenhum valor”.

O senhor então pensa em voz alta: “Aquela pessoa é o juiz?”. “Não, eu sou o conciliador. O juiz não está aqui na Central de Conciliação hoje. Está no gabinete do fórum, cuidando da análise de casos mais importantes. No final do dia, levamos os acordos para ele assinar”, responde o conciliador. Sem saber o que fazer, o indivíduo dirige o olhar ao seu advogado, que se limita a resmungar: “Não tem jeito. É melhor aceitar”.

Resignado, o autor aceita a proposta, embora ainda sem entender o ocorrido. Quando está saindo da mesa, percebe que outra pessoa está prestes a se sentar. Segue-se para a próxima conciliação, pois a pauta do dia é longa.

O exemplo, embora esquemático e caricatural,² permite observar como a conciliação com o INSS é feita em geral. A constante é a imposição de propostas de renúncia de valores atrasados em casos em que o INSS sabe que muito provavelmente irá perder.

Ao protagonismo do representante da autarquia, contrasta-se a passividade do conciliador, muitas vezes um simples auxiliar no preenchimento dos dados de termos padronizados. Segue-se então a chancela quase automática do acordo pelo juiz, sem um diálogo maior entre instituições que permita ir além do sistema adotado.

² De fato, o exemplo é baseado em pesquisa empírica realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto com o Conselho da Justiça Federal (CJF) sobre os Juizados Especiais Federais, na qual consta o seguinte relato: “Só há audiência de conciliação (exclusiva) quando se percebe que a demanda é procedente. Nesses casos, os conciliadores são, em regra, estudantes de direito indicados pelo juiz. Nenhum deles frequentou curso de preparação para atuarem como conciliadores. Nas audiências, em um primeiro momento, os conciliadores invariavelmente ficam calados e o procurador ou o preposto do INSS recebe a parte demandante para a tentativa de conciliação. Nesses casos, após a análise prévia dos documentos, dirige às partes perguntas sobre a sua condição de segurado especial. Ao perceber que há elementos suficientes para a comprovação da condição de segurado especial, propõe um acordo para a parte que, em regra, é mais uma imposição que um acordo: o pagamento de 50% dos valores atrasados (tendo como referência a data do pedido administrativo) e a concessão integral do benefício a partir da data da audiência. Não havendo acordo, o juiz vem à sala de audiências para realizar a instrução e o julgamento. (juizado autônomo, 1ª Região)” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 136). Em sentido semelhante, Paulo Afonso Brum Vaz, ao criticar o modelo, apresenta-o da seguinte forma “Não raras vezes, diz-se assim para o autor: ‘Olhe, o seu direito é inequívoco, você realmente está incapaz, mas o devedor (INSS) está lhe oferecendo 80% do que você tem direito’. Se você desejar receber a benesse relativa ao seu direito integralmente, terá que esperar ‘muito tempo’, uns dois ou três anos” (Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 43, ago. 2011. Disponível em: <http://migre.me/loVWk>. Acesso em: 01 set. 2014).

Institucionalmente, o Judiciário costuma valorizar o número de acordos, com menor ênfase na qualidade e no conteúdo do que é acordado.

Para se proceder a uma análise crítica, com o objetivo de se modificar a situação atual, diversas abordagens seriam pertinentes. Seria possível pensar, por exemplo, como difundir a educação previdenciária por meios que busquem o esclarecimento da população e não a divulgação sensacionalista de supostos benefícios. Haveria espaço também para investigação do papel das faculdades de Direito na construção de uma educação jurídica que permitisse a alteração do paradigma adversarial que acaba por contaminar a própria prática conciliatória com o INSS. Seria ainda de se pensar em uma advocacia de interesse público, que se reunisse em torno dos pretensos beneficiários do INSS, por intermédio ou não da Defensoria Pública da União.

Da mesma forma, seria possível tratar do conflito previdenciário de maneira mais ampla, abrangendo tanto aqueles casos ainda não judicializados, como os que já o foram. Seria ainda possível avançar para estratégias que evitassem não apenas a redução dos processos existentes, mas a própria formação do litígio.

Diante dessa multiplicidade de enfoques em potencial, impõe-se um recorte metodológico. Assim sendo, o presente trabalho centra-se no papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários já apresentados perante o Judiciário. A pergunta central a ser tratada é: **qual o papel que se espera do terceiro facilitador no âmbito da conciliação de conflitos previdenciários judicializados, de modo a legitimar a prática e servir de subsídios para a mudança de paradigma?**

Para guiar a pesquisa, as seguintes hipóteses principais são levantadas: a) a conciliação em matéria previdenciária deve ser adequada ao conflito que pretende tratar, cabendo ao terceiro facilitador atuar de acordo com as peculiaridades desse conflito; b) para o tratamento do conflito previdenciário pela conciliação, o conceito de conciliador deve ser entendido em termos amplos, abrangendo não apenas o *conciliador leigo* individualmente considerado, mas também o *juiz conciliador* e o *Judiciário como conciliador interinstitucional*;³ c) em todas as espécies de conciliador, embora com características próprias em cada uma, a constante é a exigência de respeito a um devido

³ O termo *conciliador interinstitucional* é baseado na expressão *mediadores institucionais* utilizada por Maria Cecília de Araujo Asperti (*Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 162 e p. 170). Utiliza-se *conciliador*, em vez de *mediador*, para adequar à premissa estabelecida no presente trabalho de que, dentre os meios consensuais, a conciliação é o mais adequado para o tratamento de conflitos previdenciários. Prefere-se *interinstitucional* e não *institucional* para destacar a existência da relação entre duas ou mais instituições e não apenas a presença de uma.

processo legal mínimo que auxilie na formação de uma base adequada de poder e permita, assim, a tomada de decisão informada pelas partes; d) tendo como limite a decisão informada, o conciliador atua por meio de estratégias variadas, aproximando-se e distanciando-se das partes, com maior ou menor interferência, de acordo com as características do caso concreto.

Para tratar do tema, o trabalho se organiza em seis capítulos.

O primeiro trata das premissas conceituais, de modo a delimitar as características do conflito previdenciário e da conciliação, buscando definições operativas que valorizem as peculiaridades do problema enfrentado. Destaca-se, assim, a situação de notório desequilíbrio de poder entre autor e INSS como traço característico do conflito previdenciário. Salienta-se que a conciliação mostra-se como meio adequado ao tratamento do conflito previdenciário, desde que seja formatada de acordo com as peculiaridades do problema a ser enfrentado. Assim sendo, apresentam-se os conceitos de *instrumentalidade metodológica* e de *devido processo legal mínimo*, dois paradigmas que, de certo modo, sustentam todo o desenvolvimento do trabalho.

Em seguida, o segundo capítulo se detém no modelo em que são realizadas as conciliações previdenciárias, ou seja, na fórmula da “renúncia de atrasados em uma demanda que o INSS sabe muito provavelmente irá perder”. Partindo, sobretudo, da premissa de que não há uma indisponibilidade, mas sim uma *disponibilidade condicionada* do interesse público, defende-se que o modelo adotado, ainda que possa ser legítimo desde que baseado em uma decisão informada das partes, é insuficiente se pensado em longo prazo no interior de um movimento permanente que valorize o incremento da conciliação.

A partir da visualização desse espaço de atuação, passa-se à análise propriamente dita do papel do terceiro facilitador. O terceiro capítulo, então, volta-se ao desequilíbrio de poder existente nas conciliações previdenciárias e à atuação do terceiro facilitador diante de tal situação, defendendo a existência de parâmetros na busca da garantia da *base adequada de poder* e que podem ser relacionados novamente ao *devido processo legal mínimo*. Busca-se, nesse percurso, uma definição do terceiro facilitador em sentido amplo, envolvendo o *conciliador leigo*, o *juiz conciliador* e o Poder Judiciário atuando como *conciliador interinstitucional*.

Os três capítulos seguintes detalham a atuação de cada uma dessas espécies de conciliador. Desse modo, o quarto capítulo trata do conciliador leigo individualmente considerado. Em linhas gerais, refere-se ao tipo de atuação que se espera desse conciliador, tentando sistematizar algumas balizas de atuação nos períodos *antes*, *durante* e *depois* das

sessões de conciliação. Nesse capítulo, dá-se especial destaque à questão da possibilidade de o conciliador apresentar sugestões.

A divisão que toma como referência a sessão de conciliação persiste na análise dos demais tipos de conciliadores. Assim, o quinto capítulo trata da atuação do juiz conciliador nos momentos que antecedem, perfazem e se seguem à tentativa de conciliação. A atuação do juiz conciliador aqui é vista não apenas sob o prisma daquele que pode atuar na tentativa de conciliação, mas também como o organizador da conciliação, dentro da ideia de *gerenciamento de processos*.

Por fim, o sexto capítulo refere-se ao papel do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional. Reputa-se existente uma atuação que vai além de casos predeterminados e que se concretiza no estabelecimento de um diálogo com outras instituições e, no caso, especialmente com o INSS. Defende-se que, para o melhor tratamento do conflito previdenciário, tal diálogo deveria ser permanente e evitar uma aproximação exagerada com qualquer uma das partes. Trata-se, em suma, da legitimidade e dos limites do diálogo interinstitucional, tentando estabelecer quais seriam os requisitos mínimos exigidos para uma atuação legítima do conciliador também nesse nível.

Assim sendo, a partir da análise das formas de atuação dessas três espécies de conciliador, pretende-se discutir quais são as condicionantes, sob a ótica da atuação do terceiro facilitador, para que as conciliações previdenciárias sejam legítimas e para que possam ser aprimoradas em termos qualitativos. Sem rejeitar por completo o modelo existente, procura-se verificar quais são os requisitos para que este possa ser utilizado e que, ao final, permitam um avanço qualitativo que faça o próprio modelo ser repensado. Esse é o objetivo principal do trabalho.

Antes de iniciar, porém, cabem três observações metodológicas.

A primeira delas é de que se toma o conflito previdenciário como estudo de caso expandido, não no sentido da análise de um determinado processo ou feito isolado, mas sim como o estudo de um modelo geral. O foco, porém, não é o direito previdenciário ou a seguridade social, mas sim a conciliação que se desenvolve a partir do conflito existente entre o indivíduo e o INSS. Assim, embora conceitos do chamado *direito material previdenciário* sejam imprescindíveis em determinados momentos, tais conceitos não foram tomados como aspectos central do trabalho. Em outros termos, o conflito previdenciário é tomado, muitas vezes, como um exemplo que é repetidamente retomado, mas que, no fundo, serve para analisar a problemática mais ampla da conciliação em situação de notório desequilíbrio de poder. Ainda assim, a delimitação permite tanto o

enfoque mais detido em um só objeto, como evita generalizações que possam se mostrar indevidas mesmo diante de circunstâncias de desequilíbrio de poder, como, por exemplo, valer-se da análise ora proposta para situações de violência doméstica ou para relações entre vítima-ofensor.

Em segundo lugar, é importante destacar que a metodologia desenvolvida baseou-se, sobretudo, na pesquisa bibliográfica. Apesar disso, privilegiou-se a leitura de trabalhos de base empírica, como, por exemplo, relatórios de pesquisas desenvolvidas por instituições ou por autores individuais. Nesse sentido, pode-se considerar que o presente trabalho valeu-se de muitas das constatações de pesquisas empíricas como dados secundários (*secondary data*).

Cabe explicitar, todavia, que várias reflexões realizadas originaram-se do contato próximo do autor com a conciliação em conflitos previdenciários, seja na anterior função de procurador federal lotado na Procuradoria Federal Especializada do INSS (PFE-INSS), seja na função atual de juiz federal que exerceu a jurisdição em matéria previdenciária no âmbito de Juizado Especial Federal e de Vara Previdenciária, bem como atuou como auxiliar da Central de Conciliação da Justiça Federal de São Paulo (Cecon-SP). Embora se tenha buscado a maior objetividade possível nas análises realizadas, almejando-se à desvinculação da profissão de origem, considera-se importante deixar explícito que a condição de observador participante, ainda que possa ter gerado o benefício de uma maior familiaridade com o tema, invariavelmente pode ter ocasionado vieses decorrentes do efeito adverso dessa “contaminação” que descabe ignorar.

A terceira observação diz respeito à tradução da bibliografia em língua inglesa, sobretudo norte-americana. Embora se defenda, neste trabalho, uma distinção entre *conciliação* e *mediação*, é certo que nos Estados Unidos em geral se utiliza indistintamente o termo *mediation* para ambos os casos.⁴ Em certo sentido, é possível associar o que no Brasil se chama de *conciliação* com a *evaluative mediation* ou *mediação avaliativa*, ou seja, aquela “na qual se permite ao mediador externar, para as partes, seus pontos de vista a respeito do caso”. Por sua vez, o que aqui se chama de *mediação* estaria próxima da *facilitative mediation* ou *mediação facilitativa*, que é aquela em que “o mediador busca

⁴ Nesse sentido, por exemplo, é o ensinamento de Paulo Eduardo Alves da Silva. *Mediação e Conciliação, Produtividade e Qualidade*. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXIV, nº 23, ago. 2014, p. 41.

apenas facilitar a conversação das partes”.⁵ Mesmo assim, é comum nos estudos em língua inglesa sobre o tema valer-se do termo amplo *mediation*, sem serem distinguidas suas espécies. De ordinário, então, o termo *mediation* pode ser tomado tanto para o que aqui costumeiramente se chamaria de *mediação*, como também para o que seria considerada *conciliação*.⁶

Por isso, no uso da bibliografia em inglês, sempre que não houver comprometimento conceitual, é utilizada a tradução de *mediation* por *conciliação*, uma vez que mais afeita ao objeto do trabalho e mais útil para se evitarem confusões terminológicas no cenário brasileiro. Evidentemente que, quando isso não for possível, será feito o uso apenas do termo – *conciliação* ou *mediação* – que se avaliar mais adequado, com os devidos esclarecimentos.

Desse modo, traçado o plano e feitas as ressalvas pertinentes, passa-se à análise do papel do terceiro facilitador de conflitos previdenciário.

⁵ Os conceitos de *evaluative mediation* e *facilitative mediation* foram retirados de SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 183.

⁶ Em sentido semelhante é o ensinamento de Daniela Monteiro Gabbay, destacando que muitos programas denominados nos EUA de mediação seriam considerados no Brasil como de conciliação (*Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 49).

CAPÍTULO 1: PREMISSAS CONCEITUAIS

A conciliação, como prática organizada e rotineira em causas de competência da Justiça Federal, é fenômeno relativamente recente.⁷ Nos casos em que se pretende a concessão de benefício em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), é possível afirmar que o paradigma da impossibilidade de conciliar com a Fazenda Pública somente foi mitigado após uma série de modificações constitucionais e legais. Para compreender o contexto em que a conciliação de conflitos previdenciários vem se desenvolvendo, cabe de início traçar um breve histórico normativo. Em seguida, são trazidas as premissas conceituais que norteiam o presente trabalho.

1.1. Breve histórico normativo

Sem pretender realizar um levantamento detalhado sobre o histórico normativo, destaca-se que o artigo 132 da Lei nº 8.213/91 – que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social – prevê a possibilidade de transigência judicial por parte do procurador da Previdência Social. Sob um espectro mais amplo não limitado aos benefícios previdenciários, o artigo 1º da Lei nº 9.469/97 também estabelece, desde sua redação original, a possibilidade de a Administração Pública Federal realizar acordos ou transações em juízo para fins de terminar o litígio.⁸

⁷ Para um breve relato histórico da conciliação na Justiça Federal, vide CALMON, Eliana. *A Conciliação Judicial na Justiça Federal*. In: RICHIA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 107-114, passim. No texto, a autora aponta o início da realização de audiências de conciliação de forma organizada nesse ramo do Poder Judiciário em 2002, com processos relativos a contratos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) na Subseção Judiciária de Maringá/PR. Tal antecedente pode ser visto, de fato, como o início da conciliação na Justiça Federal como prática rotineira e que abrange um número considerável de processos. No entanto, pontualmente, cabe enfatizar que a possibilidade de acordo com a Administração Pública (e aqui incluída a Administração Pública federal) já existia nos casos de “desapropriação amigável”. Carlos Alberto de Salles (*Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 201, nota 20) enfatiza que essa seria a “mais antiga hipótese de verdadeiro acordo no âmbito da Administração Pública”, pela qual, evitando-se a ação judicial de desapropriação, a Administração concorda com o administrado acerca do valor da indenização.

⁸ A redação original do artigo 1º, *caput* e §1º, era no seguinte teor: “Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00

No entanto, um maior impulso às conciliações com o INSS somente foi dado a partir da alteração do artigo 98 da Constituição Federal⁹ e da edição da Lei nº 10.259/01. Referida lei instituiu os Juizados Especiais Federais (JEFs) e, no parágrafo único do artigo 10, trouxe autorização expressa para que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais pudessem conciliar, transigir e desistir nos processos de competência dos JEFs.

Como consequência, foram editados diversos atos infralegais para regulamentação da conciliação com o INSS em juízo.¹⁰ No que se refere ao tema das conciliações de conflitos previdenciários, merecem destaque a Portaria da Advocacia-Geral da União nº

(cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública". Posteriormente, houve modificação da redação, alterando-se os valores para realização de acordos, conforme a Medida Provisória nº 449/08: *"Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, inclusive no caso das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil".* Por fim, a redação atual, dada pela Lei nº 11.941/09, é a seguinte: *"Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo".* Referida lei também acrescentou o §3º ao artigo 1º, permitindo a delegação das competências previstas no dispositivo.

⁹ Trata-se do parágrafo único incluído pela Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, e posteriormente renumerado para §1º pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Ainda que a redação originária do fosse genérica e não apresentasse qualquer vedação, optou-se por inserir um parágrafo em que se deixou expresso que lei federal iria dispor sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

¹⁰ Cite-se, por exemplo, o Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002, que regulamentou a representação judicial da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais perante os Juizados Especiais Federais, fazendo menção à conciliação, ainda que sem detalhar pormenorizadamente os parâmetros para tanto. Para uma referência pormenorizada dos atos infralegais que tratam da matéria, consulte-se, especialmente: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria Federal Especializada do INSS*. Versão revisada até 28 jul. 2009. Disponível em: <http://migre.me/kwCbN>. Acesso em: 18 jul. 2014; e ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*. Atualizado em 1º jun. 2012. Disponível em: <http://migre.me/m21nU>. Acesso em: 30 set. 2014.

109/07 e a Portaria da Procuradoria-Geral Federal nº 915/09, que definem as hipóteses e os limites de alçada para a realização de acordos pelos procuradores federais.¹¹

Além disso, após a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (“Reforma do Judiciário”), houve um avanço considerável na institucionalização da conciliação no âmbito do Poder Judiciário. De fato, foi sob os auspícios do CNJ e notadamente a partir da gestão da Ministra Ellen Gracie (2006-2008) que surgiram as primeiras iniciativas que, posteriormente, já sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, culminariam na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Tal Resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses em todo o Poder Judiciário, incluindo assim a Justiça Federal.¹²

Dentro dessa linha de valorização dos meios consensuais, o Novo Código de Processo Civil¹³ estabelece no artigo 3º, §2º, que o “*Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. No §3º do mesmo artigo, refere que a “*conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”.¹⁴

Essa valorização é percebida também em vários dispositivos do Código, como: a dispensa do pagamento de custas remanescentes se a transação ocorrer antes da sentença (art. 90, §3º); o dever do oficial de justiça certificar, em mandado, quando da realização do

¹¹ Devido à importância, a análise de tais normas administrativas será retomada no capítulo seguinte. Vide, em especial, item 2.3, *infra*.

¹² Para um histórico do Movimento Pela Conciliação no âmbito do CNJ, vide MORAES, Germana de Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida Durante a Gestão Inicial do CNJ). In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73-84. Mais particularmente sobre o atual estado do uso da conciliação na Justiça Federal, veja-se CALMON, Eliana. *A Conciliação Judicial na Justiça Federal*, cit., passim.

¹³ O Novo Código de Processo Civil foi instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. De acordo com o seu artigo 1.045, o Novo CPC entra em vigor um ano após a publicação oficial, ou seja, 17 de março de 2016. Por se tratar de norma recente, opta-se de ordinário por manter também referências ao agora antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹⁴ Embora não se refira à conciliação judicial, que é o objeto do presente trabalho, é de se indicar que o Projeto de Novo CPC também determina a criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo para solução de conflitos com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A redação do artigo 174 do Projeto é esclarecedora: “*Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta*”.

ato de comunicação que lhe couber, a proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes (art.154, VI, e parágrafo único); a suspensão dos prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição (art. 221, parágrafo único); a necessidade de indicação na petição inicial se o autor opta ou não pela realização de audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII); a designação, como regra, de audiência de conciliação ou de mediação (art.334); o enquadramento da ausência injustificada do autor ou réu à audiência de conciliação como ato atentatório à dignidade da justiça e que será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art.334, §8º); o início do prazo da contestação a partir da audiência de conciliação ou mediação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (art.335, I).

Cabe mencionar ainda o Projeto de Lei nº 7.169/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados,¹⁵ que se refere à composição de conflitos no âmbito da Administração Pública e, ao se valer de conceito amplo de mediação, acaba por abranger a conciliação.¹⁶

Nessa mesma linha de valorização dos meios consensuais, cite-se a Portaria Interinstitucional nº 1.186, de 2 de julho de 2014, assinada pelo Ministro de Estado da Justiça, pelo Advogado-Geral da União, pelo Ministro de Estado da Previdência Social e pelo Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público. Por meio dessa portaria, instituiu-se a Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), que, nos termos do artigo 1º, *caput*, possui “o objetivo de formalizar articulação interinstitucional e multidisciplinar para desenvolver, consolidar e difundir os métodos autocompositivos de solução de conflitos, promover a redução dos litígios judicializados, contribuir para a ampliação do acesso à justiça e para a celeridade e a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais”.¹⁷

Dessa forma, percebe-se que, sobretudo a partir da instituição dos Juizados Especiais Federais, passando pelo surgimento da Resolução nº 125/2010, a conciliação

¹⁵ Andamento baseado na informação do *site* da Câmara dos Deputados, disponível em: <http://migre.me/kvBmu>. Acesso em: 17 jul.2014.

¹⁶ Segundo o §1º do art. 1º do PL 7.169/2014: “Art. 1º (...) §1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Embora o conceito de conciliação que se adota neste trabalho seja mais específico, pode-se afirmar que se enquadra no conceito amplo de mediação trazido no referido Projeto de Lei, como será visto no item 1.4, *infra*.

¹⁷ Por se tratar de norma editada recentemente, ainda não foi possível perceber seu impacto sobre a realidade. De todo modo, a participação do Ministro da Previdência Social como um dos signatários merece ser apontada.

com o INSS vem se expandido. A expansão, porém, nem sempre é acompanhada de uma correlata reflexão crítica sobre o seu uso. Para que essa abordagem seja possível, entende-se necessário estabelecer algumas premissas conceituais acerca da natureza da conciliação e, em seguida, do conflito previdenciário, para que se possa então verificar a adequação do mecanismo ao problema que se pretende tratar.

1.2. A conciliação como *veneno-remédio*

No movimento de incentivo à conciliação, é comum a reiteração dos seguintes preceitos, muitas vezes indiferentemente associados entre si: i) a conciliação é a melhor forma de resolver conflitos, pois todos ganham; ii) a conciliação é a forma mais rápida de resolver um grande número de casos.

Assim, relaciona-se qualidade (melhor forma) com quantidade (menor tempo/ maior número). É intuitivo afirmar que um elemento nem sempre implica o outro, uma vez que, embora a rapidez na resolução do maior número de casos seja importante em um país marcado pela morosidade judicial, só isso não basta. Se apenas a quantidade importasse, a conciliação só teria sentido enquanto o Judiciário fosse caracterizado pela demora e enquanto existissem mais processos que a capacidade de julgamento. Em contrapartida, caso se defenda que a conciliação deve ser um mecanismo permanente de resolução de conflitos, é natural que haja uma preocupação com a qualidade.

Claro que essa divisão não é absoluta, até porque a preocupação com a quantidade quase nunca é dissociada de alguma preocupação, ainda que mínima, com a qualidade. Por exemplo, ainda que se propale a produção exagerada de sentenças, poucos defenderiam que a fundamentação seria um entrave para tanto. Além disso, qualidade e quantidade se interpenetram. Uma decisão a destempo, ainda que tecnicamente irrepreensível, pode não ser útil e, por conseguinte, não possuir qualidade (e não meramente quantidade). O que existe, então, é a preponderância de um elemento sobre o outro e não a imposição de um ou outro fator isolado.

De todo modo, o binômio quantidade/ qualidade permite vislumbrar tendências que se entrecrocaram – nem sempre de forma pacífica – no tratamento dos meios consensuais de resolução de conflito em geral e da conciliação em particular.

1.2.1. Os promotores da eficiência e os promotores da qualidade

Bryan Clark¹⁸ refere-se a dois grupos que surgiram no movimento das ADRs¹⁹ e que podem ser chamados de *promotores da eficiência* (*efficiency proponents*) e de *promotores da qualidade* (*quality proponents*).

Em termos simplificados, o primeiro grupo não negava a importância da adjudicação, mas via a necessidade de preservá-la para os grandes casos. Ao tratar daqueles que chama de *pioneiros da ADR*, Clark²⁰ afirma que proponentes como o *Chief Justice Warren Burger*, com o objetivo de gerar eficiência, viam os meios alternativos principalmente como um remédio para os males de uma sociedade cada vez mais litigiosa sobre o sistema de justiça formal. Assim, os objetivos do movimento seriam, de algum modo, modestos e pouco sofisticados: buscava-se, sobretudo, conter a exploração de litigância por meio de uma forma mais eficiente de resolver conflitos. Em outras palavras, objetivava-se aliviar as cortes retirando especialmente o que poderia ser chamado de *garbage cases*, ou seja, casos considerados sem muito valor financeiro ou sem muita importância em termos legais.

Por isso, a agenda Burger seria ao mesmo tempo contra e a favor da lei: contra, na medida em que os meios alternativos eram percebidos principalmente como uma forma de retirar certos litigantes do sistema legal formal, minimizando a dimensão legal dessas disputas; e a favor, uma vez que tal divisão poderia ajudar a preservar o sistema legal formal para os casos mais importantes. Nesse sentido, os meios alternativos reafirmariam a importância da litigância.²¹

¹⁸ *Lawyers and Mediation*. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, p. 2-6.

¹⁹ Trata-se de sigla em inglês que, de início, era tida como abreviação para *Alternative Dispute Resolution*, mas que, a partir do desenvolvimento teórico e prático em relação à matéria, passou a ser lida como *Appropriate Dispute Resolution* (cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 77). Com essa mudança terminológica, destaca-se que as ADRs não se tratam de alternativas à decisão adjudicada vinda do Judiciário, mas sim de mecanismos mais adequados ou apropriados para o tratamento de diversos tipos de conflitos.

²⁰ *Lawyers and Mediation*, cit. p. 2-3.

²¹ Não é o objetivo, neste trabalho, discutir até que ponto essa seria a real preocupação do movimento que se desenvolveu nos Estados Unidos e que teve como marco a Conferência Pound (*Pound Conference*). De qualquer modo, as considerações de Brian Clark sugerem outra associação derivada da quantidade que pode ser danosa: ao se associar mediação/ conciliação (e outros meios tidos como *alternativos*) com casos de pouca relevância e a adjudicação com casos de maior relevância, está se valorizando a litigância em vez de mitigá-la. Pertinente, assim, a observação de Carlos Alberto de Salles acerca da necessidade de se considerarem as vantagens ínsitas aos meios ditos *alternativos*, que mais propriamente podem ser considerados como meios *adequados*: “Na verdade, a convivência entre Judiciário e mecanismos não estatais de solução de controvérsias deve ser encarada sob uma ótica positiva. Isto é, não pelo enfoque negativo – indicativo da utilidade dos segundos diante dos percalços da jurisdição estatal, da demora, da sobrecarga, da falta de estrutura, etc. Mas das vantagens, ínsitas a esses meios ditos alternativos, decorrentes de seus arranjos institucionais, das qualidades de seus procedimentos e da natureza de sua resposta. A esse respeito,

Por sua vez, os integrantes do segundo grupo, longe de buscarem a preservação do sistema judicial, colocavam ênfase na melhoria de qualidade do processo e dos resultados a serem obtidos por meio dos acordos feitos entre os participantes. A conciliação passa já a ser vista como verdadeira alternativa à litigância, caracterizando-se por uma mudança de paradigma que iria da busca dos direitos individuais à maximização dos interesses mútuos; da imposição de uma decisão ao empoderamento e à autodeterminação das partes; do modelo adversarial e baseado no conflito a um fundado na harmonia, no compromisso e na comunidade.

Em suma, preservar a litigância por meio da filtragem dos casos não era algo levado em consideração. Em vez disso, os *promotores da qualidade* desafiavam a noção de que os preceitos legais seriam as únicas normas legítimas para resolver disputas e para encontrar a “verdadeira” justiça, conforme uma noção pluralista em que se identificavam normas sociais baseadas, por exemplo, em valores comuns da comunidade.

No entanto, segundo Bryan Clark,²² a demarcação entre esses dois grupos começou a esvaecer a partir do momento em que começaram a surgir ligações entre os tribunais e os programas de conciliação. O desenvolvimento ocorreu, assim, pelo encontro de dois diferentes grupos, com duas agendas amplamente diferentes.

Na realidade, essa ambiguidade é típica de meios consensuais de solução de controvérsias como a mediação e a conciliação. Ao mesmo tempo em que são opções válidas para a maior participação das partes, também podem servir como formas mais rápidas e menos custosas de se resolver o conflito. O problema surge quando a rapidez não está associada de maneira adequada com a qualidade, ou seja, quando há um desequilíbrio nas bases que justificam a conciliação.²³ É essa percepção que se nota quando se observam os fundamentos da justiça conciliativa.

correto questionar sobre meios *adequados*, e não *alternativos*, de solução de controvérsias” (*Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 44).

²² *Lawyers and Mediation*, cit. p. 5.

²³ Conforme Bryan Clark: “On the one hand then mediation holds out the possibility of empowerment disputant control (over process and outcome) and even the ‘transformation’ of disputants and the communities in which they inhabit. Likewise, mediation also represents an efficient means to garner settlement, diversion from court adjudication, and the promise of savings of time and money for both disputants and the state. The extent to which these disparate aims are incompatible is an issue which has dogged mediation’s development over the years” (ibid., p. 6).

1.2.2. Os fundamentos da justiça conciliativa

De acordo com Ada Pellegrini Grinover,²⁴ os fundamentos da justiça conciliativa são três: o *funcional*, o *social* e o *político*.

O *fundamento funcional* refere-se à importância da conciliação para racionalizar a distribuição da Justiça, propiciando a desobstrução dos tribunais por meio de instrumentos mais adequados para que determinadas controvérsias sejam solucionadas. A conciliação é colocada, assim, como um “equivalente jurisdicional”, ou seja, como mais um entre os diversos meios de solução de controvérsia postos à disposição da sociedade.

Já o *fundamento social* trata do reconhecimento de que a solução adjudicada nem sempre é a mais suficiente ou adequada para pacificação da sociedade. Nesse sentido, admite-se que a pacificação, como regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a autoritariamente ditar a regra para o caso concreto. A conciliação, em contrapartida, busca a efetiva pacificação, indo à base da litigiosidade em vez de ignorar o que não está nos autos.

Por sua vez, pelo *fundamento político*, destaca-se a abertura da conciliação para a participação da sociedade, seja atuando como partes engajadas na solução a ser dada para determinado caso, seja exercendo a função de conciliadores leigos.

Nesse contexto, entende-se que o ideal seria o equilíbrio entre o enfrentamento da crise da justiça (*fundamento funcional*), a pacificação (*fundamento social*) e a participação (*fundamento político*).²⁵ Isso porque o desequilíbrio entre um dos fundamentos (funcional, social ou político) provoca uma alteração nos demais e não uma melhoria parcial de um, dado que suas respectivas funções são inerentemente associadas. Valorizar-se a participação excessiva com consulta de diversos especialistas e órgãos de classe, por exemplo, pode tornar o procedimento extremamente demorado e caro, ou seja, ineficiente em termos funcionais. Ao mesmo tempo, a preocupação exclusiva com a quantidade pode conduzir atropelos que desconsiderem a participação e, assim, o fundamento político.

²⁴ Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-5.

²⁵ O modo como sintetizados cada fundamento é baseada em outro texto da mesma autora: GRINOVER, Ada Pellegrini. Prefácio. In: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n.125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. IX.

1.2.3. A natureza ambígua da conciliação

Assim sendo, quantidade e qualidade não são estanques e se inter-relacionam, o mesmo ocorrendo com os fundamentos da justiça conciliativa. Não há uma relação unívoca entre os fatores: nem sempre conciliar mais é conciliar melhor, mas às vezes conciliar pouco pode ser conciliar pior. O importante é que se reconheçam as ambiguidades para que se evitem simplificações exageradas.

É certo que fazer mais conciliações não é nada desprezível em um país assolado pela litigância e pela demora na resolução dos processos. No entanto, apenas pensar na quantidade, para além de insuficiente, pode ser uma forma de propalar injustiças.

O discurso que preza pela qualidade e não pela eliminação de processos é amplamente referido pela doutrina.²⁶ Nem poderia ser diferente, pois é natural que se defenda a melhor decisão, isto é, a que seja a mais justa e não simplesmente a que põe fim a um processo. Ocorre que, muitas vezes, a prática desmente a teoria.

Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger²⁷ referem-se a quatro histórias do processo de conciliação: a *história da satisfação*, a *história da justiça social*, a *história da transformação* e a *história da opressão*.

A *história da satisfação* prega que o processo conciliatório é uma poderosa ferramenta para satisfazer as necessidades humanas e reduzir o sofrimento das partes. A da *justiça social* defende que a conciliação oferece meios efetivos para organizar indivíduos em torno de interesses comuns e, assim, construir uma comunidade mais estruturada e com laços mais fortes. Por sua vez, a *história da transformação* destaca que a conciliação possui a capacidade de transformar a qualidade do conflito em si, o que pode fortalecer ambas as partes e a sociedade em que são inseridas. Por fim, a *história da opressão* afirma que a conciliação pode ser um instrumento perigoso por aumentar o poder do Estado sobre o indivíduo, assim como o do mais forte sobre o mais fraco; pode, por conta da falta de regras procedimentais e materiais, aumentar a discricionariedade e força dos agentes estatais com poder decisório, ampliar o desequilíbrio de poder e abrir espaço para a coerção e a manipulação da parte mais forte.

²⁶ Assim, por exemplo, segundo Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari: “O que se pretende, portanto, é reafirmar como a utilização da mediação pode contribuir para o ‘acesso a uma ordem jurídica justa’ e para a consequente pacificação social, salientando que esses são os reais objetivos, não só da mediação, mas de todos os métodos alternativos de solução de conflitos, sendo a diminuição do número de processos em andamento no Poder Judiciário e a atenuação de sua morosidade reflexos secundários, não cabendo jamais a inversão desses valores” (*Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n.125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3).

²⁷ *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. Revised Edition. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 9-18.

Como ressaltam os autores, as diversas histórias representam abordagens distintas e que sugerem que o assunto não é monolítico, mas pluralístico.²⁸ Inclusive por isso, no presente estudo, defende-se que o rótulo *histórias* utilizado por Bush e Folger deve ser afastado de qualquer sentido cronológico. O que preocupa, porém, é que as *histórias da satisfação*, da *justiça social* e da *transformação*, que se centram em valores positivos, muitas vezes são utilizadas para ocultar uma realidade que mais se aproxima da *história da opressão*.

De fato, o problema surge quando se observa que há um discurso que se vale da conciliação como melhor forma de resolução de conflitos, ao mesmo tempo em que obscurece um objetivo mais ou menos consciente de resolução rápida dos processos. O discurso da valorização da qualidade se transforma em simples clichê, como um princípio abstrato nunca refutado, mas de pouca aplicação prática. Em suma, torna-se um discurso vazio. É o que se observa, por exemplo, em campanhas que valorizam a rápida solução dos feitos pela conciliação com a obtenção de ganhos para todas as partes, desconsiderando que nem sempre basta a solução célere para que haja satisfação de todos.²⁹

Nesse contexto, entende-se que não se deve encarar o emprego da conciliação como algo positivo em si mesmo, como se fosse algo em que todos ganham em todas as situações. É fundamental que se observe que o mecanismo pode ou não ser adequado para determinado conflito e que, mesmo quando empregado diante de um conflito que comporta seu uso, pode ser bem ou mal utilizado. E, em geral, se um meio consensual for mal utilizado, em vez de solucionar a crise do Judiciário, pode agravá-la.³⁰

Bryan Clark³¹ compara a conciliação com um remédio que os contendores normalmente relutam em engolir, chegando alguns a associar ao charlatanismo, mas de que podem se beneficiar caso sejam convencidos a experimentar. Avançando na analogia, acredita-se que o melhor seria considerar a conciliação não como um remédio para todos os males, que pudesse universalmente curar os problemas, mas sim como um medicamento

²⁸ *The Promise of Mediation*, cit. p. 9.

²⁹ A campanha institucional desenvolvida pelo CNJ para a Semana Nacional de Conciliação de 2009, por exemplo, baseou-se no *slogan* de que todos ganham com a conciliação: “Ganha o cidadão. Ganha a Justiça. Ganha o País”. No entanto, destacou-se no material publicitário que “A Justiça realiza sua força-tarefa para agilizar o andamento dos processos: aumentar o número de acordos e reduzir o tempo de espera pelos resultados. Isso é respeito pelos milhões de brasileiros que não veem a hora de ter os seus direitos reconhecidos. O Brasil mudou e a Justiça também”. A imagem do cartaz utilizado pode ser visualizada em: <http://migre.me/m2pyk>. Acesso em: 1º out. 2014.

³⁰ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 177.

³¹ *Lawyers and Mediation*, cit. p. 176.

que pode ser eficiente, desde que adequadamente utilizado para determinada moléstia. Caso contrário, se mal aplicado, o remédio vira veneno.³²

Desse modo, o instrumento, em si mesmo, não é bom ou ruim, positivo ou negativo, remédio ou veneno. O que importa é o seu uso. E para que o uso seja adequado, deve haver uma congruência entre o meio e o fim, aplicando-se a noção de instrumentalidade processual também no campo dos mecanismos consensuais. Com esse objetivo, mostra-se pertinente fazer considerações sobre a ideia de *instrumentalidade metodológica* para, então, analisar o conflito previdenciário e, em seguida, a adequação do mecanismo da conciliação para o seu tratamento.

1.3. O conflito previdenciário sob a ótica da instrumentalidade metodológica

De maneira simplificada, identificam-se três momentos do direito processual: o do sincretismo entre direito material e processo; o da afirmação da autonomia do direito processual; e o da instrumentalidade do processo.³³ Não mais se questiona a autonomia do direito processual diante do direito material, reconhecendo-se, em uma primeira abordagem, a instrumentalidade do processo em relação ao direito material, ou seja, que o processo deve cumprir determinados escopos e, especialmente, realizar o direito material.

Carlos Alberto de Salles³⁴ refere-se a essa instrumentalidade como finalista, enfatizando que, tomando-a como pressuposto, é possível ir além, o que permite uma radicalização da instrumentalidade, “no sentido de remeter à raiz da ideia do processo concebido como instrumento para realização de objetivos a ele externos”.³⁵ Dessa forma, segundo Salles:³⁶ “Propõe-se buscar, como ponto de partida do direito processual, os problemas de cada campo específico do direito e da realidade fática”.

Nessa linha de pensamento, não se deve buscar a adequação das respostas do direito processual apenas na perspectiva do direito material, mas também na realidade social em que esse direito está inserido e que é muito mais complexa do que aquilo que é regulamentado pelo ordenamento estatal. Até porque se deve lembrar que o referido

³² Não se trata assim de uma *panaceia*, ou seja, um remédio para todos os males, mas sim de um *pharmakón*, ou seja, de um remédio-veneno.

³³ Carlos Alberto de Salles. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 16, com referência ao ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco.

³⁴ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 13-27.

³⁵ *Ibid.*, p. 18.

³⁶ *Ibid.*, p. 18.

“direito material” representa uma enorme gama de situações jurídicas, por vezes contraditórias entre si.³⁷

À transsubstancialidade do processo,³⁸ a instrumentalidade metodológica responde com o estudo de um campo específico, “de maneira a propiciar melhores condições para avaliação da resposta processual dada em situações de grande especificidade”.³⁹ Parte-se da análise da realidade jurídica e social para verificar a melhor resposta processual ao problema.

Cada área exige, então, respostas processuais diferenciadas. O estudo do direito processual se amplia, “passando a estender-se às próprias peculiaridades da resposta que lhe é exigida em relação a uma área predefinida”.⁴⁰ Isso impõe que a análise jurídica trabalhe sobre uma perspectiva mais aberta e que considere, além de fatores normativos, também a realidade política, econômica e social.

É dentro dessa ótica que é analisado o conflito previdenciário, acreditando-se que, a partir do reconhecimento de suas características, seja possível avançar em relação aos mecanismos aptos ao seu tratamento.⁴¹

1.3.1. Os elementos do conflito previdenciário

Assim sendo, cabe recordar que o conflito previdenciário se insere no âmbito da Seguridade Social. Como sabido, a Seguridade Social é tratada basicamente no Capítulo II do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Constituição Federal, compreendendo quatro Seções: uma destinada a Disposições Gerais (artigos 194 e 195); outra à Saúde (artigos 196

³⁷ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 25.

³⁸ Por transsubstancialidade do processo entenda-se a referência “ao pressuposto de que uma determinada regulamentação processual deve tender à generalidade, servindo a todas ou a um grande número de situações de direito material” (SALLES, Carlos Alberto de. *Ibid.*, p. 20).

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁴¹ Paulo Eduardo Alves da Silva propõe que se tome o conflito como ponto de partida para a construção dos métodos conforme dois resultados básicos: o acordo e a decisão. No primeiro caso, a solução é produzida pelas próprias partes, com ou sem o auxílio de um terceiro. No segundo, a solução é produzida por um terceiro, sendo imposta ou voluntariamente aceita (Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 1-25, passim). Por sua vez, Érica Barbosa e Silva afirma: “Se a intenção dos meios consensuais é permitir que as próprias partes superem o conflito, buscando saídas integrativas e transformando o impasse numa oportunidade de crescimento, é preciso reconhecer que tal intento só será possível pela análise estrutural das relações em que os conflitos se encontram, bem como pela identificação de possíveis alterações” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 95).

a 200); mais uma à Previdência Social (artigos 201 e 202); e uma última à Assistência Social (artigo 203).⁴²

Para fins deste trabalho, importa destacar que a Seguridade Social “*compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (artigo 194, *caput*, da CF). Desse modo, a Seguridade Social seria um todo dividido em três grandes ramos: a Saúde, a Previdência Social e a Assistência Social. A nota distintiva mais evidente da Previdência Social em relação aos outros dois ramos é a necessidade de uma contribuição prévia para que seja possível o recebimento de eventual benefício futuro em caso de ocorrência de algum dos riscos cobertos pelo sistema (elencados no artigo 201 da CF e disciplinados basicamente pela Lei nº 8.213/91).⁴³

Os benefícios e serviços do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) são concedidos e mantidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal criada pelo Decreto nº 99.350/90, a partir de autorização da Lei nº 8.029/90. Após o surgimento da Lei nº 11.457/07, o INSS não mais promove a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições previdenciárias, que passaram a ser consideradas dívidas da União, sendo exigidas judicialmente pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Precipuamente, então, cabem à autarquia a concessão e a manutenção de benefícios previdenciários, devidos diretamente ao segurado ou ao seu dependente.⁴⁴

Portanto, uma vez ocorrido o risco social coberto e preenchidos os requisitos exigidos pela lei, o benefício é devido. Nesse sentido, o risco incapacidade pode ensejar a concessão de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente; o risco velhice pode gerar uma aposentadoria por idade; o risco morte, uma pensão por morte, etc.

No entanto, nem sempre a análise dos requisitos leva a uma interpretação convergente do requerente e do INSS. Um segurado pode pretender o reconhecimento de tempo rural que a autarquia não admite; pode alegar uma incapacidade que o médico perito

⁴² Nada obstante, referências à Seguridade Social podem ser encontradas dispersas em outros dispositivos constitucionais. Assim, por exemplo, artigos 22, XXIII; 165, §5º, III; e 167, VIII, da Constituição Federal.

⁴³ Embora a necessidade de contribuição também seja característica de Regimes Próprios de Previdência, como os existentes para alguns servidores públicos, e de Regimes de Previdência Privada, o presente trabalho limita-se ao conflito diretamente relacionado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

⁴⁴ O artigo 18 da Lei nº 8.213/91 elenca as prestações ordinárias devidas pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A lei considera prestação como gênero que se divide em benefícios (como as aposentadorias) e serviços (como o serviço social e a reabilitação profissional). No decorrer deste trabalho, todavia, o termo benefício será utilizado em linguagem corrente como qualquer prestação suportada pelo INSS, seja um benefício ou serviço do RGPS, seja um benefício de lei especial, seja um benefício cuja execução e manutenção seja de atribuição do INSS (como é o caso do benefício assistencial da Lei nº 8.742/93), seja mesmo a revisão de um benefício já concedido.

administrativo não reputa existente; pode sustentar uma dependência econômica baseada em documento que o INSS não reputa suficiente; pode pretender um cálculo diferenciado do valor inicial do benefício concedido administrativamente; pode sustentar a incorreção nos valores dos reajustes previdenciários concedidos ao longo do tempo, entre tantas outras situações.

É nesses casos de impasse que surge o conflito. Caso não seja possível a solução administrativa – como normalmente não é –, há a judicialização do problema,⁴⁵ com o ingresso de uma ação perante uma Vara Federal, um Juizado Especial Federal ou perante a Justiça Estadual em exercício de *competência delegada*.⁴⁶

Em relação aos conflitos judicializados, cabe destacar que, com a Medida Provisória nº 2.229-43/01, o INSS deixou de ser defendido judicialmente por agentes da própria autarquia, passando a ser representado em juízo por procuradores federais integrantes da Advocacia-Geral da União. Assim, atualmente, a Advocacia-Geral da União é composta por advogados da União, responsáveis pela Administração direta; por procuradores da Fazenda Nacional, com competência limitada à matéria tributária; por procuradores federais, que atuam junto às autarquias e fundações federais; e por procuradores do Banco Central, com atribuição exclusiva para atuação perante tal entidade.⁴⁷

Essas breves referências permitem vislumbrar o quadro geral e os principais atores envolvidos em um conflito previdenciário judicializado: segurado ou dependente do Regime Geral de Previdência Social ou pessoa que alega preencher uma dessas condições; e o INSS, representado em juízo por procuradores federais. De maneira simplificada, o conflito surge porque o requerente pretende receber ou revisar um benefício por entender ter preenchido os requisitos necessários para tanto, ao passo que o INSS defende interpretação divergente.⁴⁸

⁴⁵ Apesar de não ser o foco do trabalho, cabe ressaltar que a judicialização pode gerar uma nova interpretação divergente, dessa vez por parte do Judiciário. Nesse sentido, seria possível questionar até que ponto a divergência de interpretações entre INSS e Judiciário também não seria um fator de agravamento do conflito e de aumento da litigiosidade.

⁴⁶ De acordo com o artigo 3º da Lei nº 10.259/01, compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos. Por sua vez, o artigo 109, §3º, da Constituição Federal possibilita o processamento e o julgamento na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados e beneficiário, das causas em que for parte o INSS sempre que a comarca não seja sede de vara da Justiça Federal. Idêntico regramento já constava do artigo 15, III, da Lei nº 5.010/66.

⁴⁷ Informações obtidas no *site* da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <http://migre.me/m2vAo>. Acesso em: 1º out. 2014.

⁴⁸ Embora não seja o objetivo do presente trabalho, avançando no tema, seria possível notar que se está diante de um conflito intersubjetivo de justiça, seguindo a análise proposta por Antonio Rodrigues de Freitas

Esquemáticamente:

Figura 1. Os elementos do conflito previdenciário.

No presente trabalho, quando se refere a *conflito previdenciário*, pensa-se nessa situação.⁴⁹ Está-se ciente, todavia, que a expressão é aqui usada apenas para fins didáticos e com o objetivo de facilitar a exposição, cabendo esclarecer melhor os limites de seu uso para os fins deste estudo.

1.3.2. Os limites do conceito de conflito previdenciário

Rigorosamente falando, não é possível equiparar toda e qualquer pretensão a um benefício previdenciário com o pedido específico em face do INSS. Referida autarquia federal limita-se ao Regime Geral de Previdência Social, não cuidando de Regimes Próprios como os existentes para servidores públicos federais, estaduais e, em alguns casos, municipais. Nem por isso os benefícios concedidos por esses outros regimes deixam

Jr.. Segundo referido autor, trata-se assim de uma situação em que está presente, simultaneamente: a) um *problema alocativo* sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos por inevitáveis, sejam tais bens e encargos de natureza material ou imaterial (plano objetivo); b) a *contraposição no vetor de conduta* entre dois ou mais sujeitos, consciente ou inconsciente, intencional ou não (plano comportamental); c) *percepções não convergentes* sobre como tratar o problema alocativo, sob o ângulo dos valores de justiça (plano moral) (Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, passim.). Em linhas gerais, o bem tido por escasso no caso é a prestação que se pretende obter em face do INSS, o que, como referido, envolve benefícios e serviços ou mesmo a majoração de uma prestação já concedida. A escassez decorre da ideia de que o sistema possui recursos limitados, devendo ser eleitas contingências e requisitos específicos para pagamento dos benefícios (princípio da seletividade). Os sujeitos contrapostos são aquele que pretende obter a prestação (segurado, dependente ou requerente de benefício assistencial) e o INSS. O problema alocativo é saber se o benefício deve ou não ser destinado ao que realiza o pedido. Há um ônus de decidir se o benefício deve ou não ser pago àquele específico sujeito que faz o pedido ou se, então, deve ser reservado para outro indivíduo ou para outra circunstância. Há uma divergência em relação a como tratar o problema alocativo sob o ângulo de qual seria a escolha mais justa. O requerente pretende receber a prestação por entender que faz jus a tanto, por preencher os requisitos necessários. O INSS, por sua vez, defende, ao menos em princípio, que a decisão alocativa mais adequada aos valores de justiça seria negar o pedido, até para que haja a possibilidade de poder conceder benefícios a outras pessoas, dentro de uma visão pretensamente global da Previdência Social. Pressupõe-se, assim, que se trata de um bem escasso, cujo pagamento ao requerente implicará uma privação a outro sujeito, ainda que indeterminado.

⁴⁹ Assim sendo, embora se reconheça a importância do desenvolvimento de estudos na área, o presente estudo não se concentra na utilização de demandas coletivas para o tratamento do conflito previdenciário.

de ser previdenciários, uma vez que baseados em uma contribuição do servidor público. Há aposentadorias e pensões por morte estatutárias, não sendo a concessão de benefícios previdenciários exclusiva do INSS. Da mesma forma, não se costuma associar o conflito previdenciário aos Planos de Previdência Complementar, que igualmente arrecadam contribuições e concedem benefícios.

Por outro lado, cabe lembrar que o INSS não se limita a gerenciar benefícios previdenciários, sendo notório o caso do benefício assistencial da Lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).⁵⁰ No entanto, nesta última situação, os traços gerais da pretensão são tão próximos dos demais casos em face do INSS que comumente estão inseridos em estudos sobre o tema.⁵¹

Como salienta José Antonio Savaris:⁵²

(...) quando se fala em processo previdenciário ou competência jurisdicional previdenciária, a análise do benefício assistencial é abrangida, porque os elementos da lide são essencialmente os mesmos: autor da demanda hipossuficiente em termos econômicos e informacionais, direito material de natureza alimentar correspondendo a um direito fundamental, e a autarquia previdenciária no pólo passivo.⁵³

Ocorre que se valer do termo conflito da Seguridade Social seria igualmente problemático. Como dito, nos termos do artigo 194, *caput*, da Constituição Federal, a Seguridade Social engloba a previdência, a saúde e a assistência social. Todavia, uma pretensão que envolva pedido de medicamentos – e, assim, abrangida dentro da saúde – possui delineamentos diversos das prestações previdenciárias, pois, de ordinário, o INSS não participa de tais demandas, que são integradas pela União, Estados e/ou Municípios.

⁵⁰ Nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.742/93: “Art. 29. Os recursos de responsabilidade da União destinados à assistência social serão automaticamente repassados ao Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), à medida que se forem realizando as receitas. Parágrafo único. Os recursos de responsabilidade da União destinados ao financiamento dos benefícios de prestação continuada, previstos no art. 20, poderão ser repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social diretamente ao INSS, órgão responsável pela sua execução e manutenção”.

⁵¹ Para um estudo mais amplo do que a doutrina costuma chamar de *direito processual previdenciário*, vide SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009; e SERAU JR., Marco Aurélio. *Curso de Processo Judicial Previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

⁵² *Direito Processual Previdenciário*, cit. p. 387.

⁵³ Marco Aurélio Serau Jr. chega à idêntica conclusão, argumentando que a inclusão do benefício assistencial decorre de uma leitura sistemática e coesa do ordenamento jurídico. Isso porque alguns benefícios previdenciários possuiriam certa natureza assistencial (como os benefícios rurais). Além disso, a legislação teria oscilado no decorrer do tempo em relação à natureza de certos benefícios, ora os considerando como previdenciários em sentido estrito, ora como assistenciais, citando-se o exemplo do benefício da renda mensal vitalícia (*Curso de Processo Judicial Previdenciário*, cit. p. 46).

De qualquer forma, conflito previdenciário imediatamente exclui qualquer pretensão em que o INSS seja autor e não réu. Exclui, por exemplo, a ação regressiva prevista no artigo 120 da Lei nº 8.213/91, em que se busca o ressarcimento pelo valor que o INSS suportou no pagamento de um benefício acidentário que teve de ser concedido em decorrência de negligência dos responsáveis quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho. Também restam afastados os casos em que se pretende a cobrança de contribuições previdenciárias.

Diante dessas ponderações, utiliza-se o termo *conflito previdenciário*, deixando evidente, porém, seu estrito campo de aplicação. Exclui-se de sua abrangência toda e qualquer pretensão que não se refira à busca de alguma prestação em face do INSS, mas se incluem benefícios assistenciais que sejam gerenciados por essa autarquia federal. O uso da expressão no presente trabalho limita-se aos casos em que o INSS é demandado na busca de um benefício, figurando sempre no pólo passivo.

Dentro de tais parâmetros, é possível abranger tanto o pedido feito na esfera administrativa, ou seja, diretamente ao próprio INSS, como aquele feito na esfera judicial, não se desconhecendo a potencialidade do uso de meios consensuais no interior da própria Administração Pública.⁵⁴ No entanto, como não existe propriamente um terceiro na esfera administrativa (mas apenas requerente e requerido) e como o objetivo central do trabalho é estudar o papel do conciliador, opta-se por analisar o tratamento do conflito previdenciário no ambiente institucional do Poder Judiciário. Dessa forma, o estudo se limita ao *conflito previdenciário judicializado*, restando analisar qual a nota peculiar desse conflito.

1.3.3. A nota peculiar do conflito previdenciário

No esquema proposto (conflito que se instaura entre o suposto beneficiário que pretende a obtenção de um benefício previdenciário ou assistencial em face do INSS), é

⁵⁴ Por exemplo, a Conciliação Administrativa em Matéria Previdenciária – CONCILIAD é um projeto iniciado no segundo semestre de 2012, com os primeiros acordos realizados em abril de 2013, e que se baseia na celebração de acordo de cooperação técnica com “entidades parceiras” para que, em vez de ajuizarem ações judiciais contra o INSS, interponham recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social-CRPS. Em seguida, o recurso é distribuído a um Procurador Federal, que analisa o caso e oferece eventual proposta de acordo que, caso aceite, é homologada pelo Conselheiro do CRPS competente. A Defensoria Pública da União-DPU foi a primeira a firmar acordo de cooperação técnica com o INSS para consecução desse projeto (a descrição da prática baseou-se na inscrição feita por Gabriela Koetz da Fonseca e Maria Carolina Rosa de Assunção para a Edição X – 2013, do prêmio Innovare, e está disponível em: <http://migre.me/kymez>; acesso em: 18 abr. 2014). No entanto, o CONCILIAD parece antes uma negociação que uma conciliação. Além disso, apesar da iniciativa ser louvável e merecer estudos futuros, seus resultados ainda não foram significativos. De fato, entre os meios consensuais de que se vale a Autarquia, a conciliação judicial é a regra e não a exceção.

possível enquadrar grande parte das ações em trâmite no país. De fato, o INSS é o maior litigante do Poder Judiciário, na maioria das vezes ocupando o pólo passivo, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.⁵⁵

Além disso, como os conflitos previdenciários são inúmeros e seguem o padrão acima indicado da busca de uma prestação em face do INSS (seja a concessão ou a revisão de um benefício), entende-se que se está diante de uma disputa repetitiva envolvendo um litigante repetitivo. Perfilha-se aqui o entendimento segundo o qual a disputa repetitiva apresenta como elementos: a similitude das questões de fato e/ou de direito e a representatividade do volume.⁵⁶

Vale a ressalva, porém, de que a semelhança não se traduz em identidade absoluta, mas em proximidade de situações. Desse modo, vislumbra-se uma série de questões semelhantes de fato e/ou de direito, como a ausência de constatação de incapacidade pelo médico perito administrativo, a falta de aplicação de determinado índice de correção monetária, a desconsideração de certo tipo de documento como início de prova material, etc.

A partir de tal perspectiva, entende-se que a peculiaridade do conflito previdenciário reside na presença do INSS contraposta com a do indivíduo, ou seja, a presença da autarquia previdenciária no pólo passivo da demanda e de um indivíduo (segurado ou dependente) no pólo ativo.⁵⁷ Há, então, de ordinário, um elemento de

⁵⁵ Nos dois relatórios dos 100 maiores litigantes produzidos pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça com base nos anos de 2010 e 2011, o INSS figurou em primeiro lugar, seja no âmbito da Justiça Federal, seja em relação a três ramos do Judiciário reunidos (Justiça Estadual, Federal e do Trabalho). Os dados do ano de 2010 mostram que o INSS figurava como o maior litigante nacional (22,33%) e também o maior da Justiça Federal (43,12%). No caso da Justiça Federal, em 81% dos casos o INSS ocupava o pólo passivo (dados disponíveis em: <http://migre.me/kyAiY>; acesso em: 20 jul.2014). Por sua vez, no período de 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 o INSS esteve presente em aproximadamente 34% do total de processos ingressados na Justiça Federal de primeiro grau e em 79% nos Juizados Especiais Federais. No mesmo período, o INSS figurou em 4,38% dos processos ingressados em primeira instância e em 21,76% de todos os Juizados Especiais (dados disponíveis em: <http://migre.me/kyAln>; acesso em: 20 jul. 2014).

⁵⁶ Nesse aspecto, adota-se parcialmente o posicionamento de Maria Cecília Araujo Asperti (*Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. especialmente p. 36 e 45-48). Somente se discorda da autora no sentido de que seria um elemento da disputa repetitiva o envolvimento de um litigante repetitivo e um litigante ocasional. Embora isso tipicamente ocorra, como inclusive se nota nos conflitos previdenciários, acredita-se que não se trata de um elemento constitutivo do conceito de disputa repetitiva. É possível, por exemplo, que determinada previsão na Lei do Inquilinato gere discussão jurídica similar em diversos casos envolvendo variados locadores e locatários, sem que nenhum deles possa ser visto como litigante habitual. Além disso, é possível que uma empresa esteja constantemente envolvida em diversos litígios trabalhistas, ambientais e societários, sem que cada uma das disputas seja similar a outra. Outrossim, embora nessa linha de pensamento o conceito de disputa repetitiva seja mais amplo, abrangendo tanto conflitos judicializados como não judicializados, reitera-se a observação de que o presente trabalho limita-se aos primeiros.

⁵⁷ Marco Aurélio Serau Jr. apresenta posicionamento divergente, sustentando que a nota que caracteriza o que chama de *processo judicial previdenciário* seria o conteúdo ou a natureza do seu objeto, qual seja, a

desigualdade econômica, cultural e informacional que não pode ser ignorado dentro da perspectiva da instrumentalidade metodológica que norteia este estudo.

Não se ignora que José Antonio Savaris⁵⁸ elenca as seguintes características do que chama de *Direito Processual Previdenciário*: a) *a fundamentalidade de um bem jurídico previdenciário, isto é, sua natureza alimentar correspondendo a um direito de relevância social fundamental* – trata-se do reconhecimento de que a prestação previdenciária possui natureza alimentar, sendo relevante para a subsistência do indivíduo, para além de ser também um direito constitucional fundamental–; b) *a presumível hipossuficiência econômica e informacional da pessoa que reivindica uma prestação da previdência social* – como regra, o autor de uma demanda previdenciária possui carências econômicas que dificultam desde a contratação de um advogado especializado até a busca de elementos de prova que sustentem as suas alegações (como os custos da realização de um exame médico ou da autenticação de uma procuração em cartório); além disso, apresenta presumível hipossuficiência informacional, na medida em que ordinariamente desconhece as informações que poderiam possibilitar o recebimento de determinada prestação previdenciária–; c) *uma suposta contingência que ameaça a sobrevivência digna da pessoa que pretende a prestação previdenciária* – segundo Savaris, presume-se que, se o autor busca em juízo uma prestação de natureza alimentar, é porque está destituído de recursos para garantir sua subsistência–;⁵⁹ d) *o caráter público do instituto de previdência que assume o pólo passivo da demanda* – a regra é a de que o réu das ações previdenciárias seja o Instituto Nacional do Seguro Social, uma entidade pública que possui amplo conhecimento das informações pertinentes ao segurado.

Entende-se, porém, que a fundamentalidade do bem jurídico (item “a”) e a suposta contingência que afeta a sobrevivência digna (item “d”) não são exclusivas dos conflitos

concessão e revisão de benefícios previdenciários, ainda que em sentido amplo. Sustenta que a simples presença do INSS no pólo passivo não caracteriza esse tipo de conflito, pois a autarquia também pode ser demandada em ações de outra natureza, como cível, trabalhista ou administrativa (*Curso de Processo Judicial Previdenciário*, cit. p. 43-46). Não se discorda do autor quanto à possibilidade de o INSS figurar no pólo passivo em outros tipos de demanda e, por isso, salienta-se a relevância de se considerar também a presença de um indivíduo que pleiteia determinada prestação previdenciária ou assistencial de outro. Além disso, reconhece-se que os traços do objeto são pertinentes. No entanto, reputa-se que o traço distintivo marcante não está na natureza do objeto, mas na relação entre as partes. Entre outros argumentos, o conceito que se defende, ao tempo que destaca o desequilíbrio de poder existente, facilita, segundo se entende, o estudo da conciliação de conflitos previdenciários.

⁵⁸ Coisa Julgada Previdenciária como Concretização do Direito Constitucional a um Processo Justo. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*. Porto Alegre: Magister, número 1, fev./mar. 2011, p. 72-5.

⁵⁹ Entende-se que essa presunção também é relativa, podendo ser afastada no caso concreto. Nesse aspecto, cabe acrescentar que em algumas demandas previdenciárias, como nos casos de revisões de benefícios em manutenção, não há propriamente uma destituição de recursos que garantam a subsistência.

previdenciários. Também no caso de ações de alimentos nos conflitos que envolvem o Direito de Família ou reclamações trabalhistas, há discussão de verbas de natureza alimentar que são fundamentais e interferem na sobrevivência digna. Por sua vez, a hipossuficiência informacional e econômica (item “b”) é uma característica que se apresenta diretamente relacionada ao fato de uma entidade de direito público dotada de um amplo acesso às informações dos beneficiários figurar no pólo passivo (item “d”). Fossem os dois pólos igualmente indivíduos presumivelmente hipossuficientes, o conflito teria diversa configuração.

Desse modo, tem-se que a presença do INSS, contraposta com a do indivíduo, é o que caracteriza o conflito previdenciário.⁶⁰ Como esse tipo de conflito se repete inúmeras vezes, está-se diante de uma disputa repetitiva com um litigante repetitivo. Na realidade, em sua configuração típica, a disputa é repetitiva para o INSS e única para o indivíduo.

Essa contraposição entre indivíduo (litigante ocasional ou *one-shotter*) e INSS (litigante habitual ou *repeat player*)⁶¹ torna regra a existência de uma disparidade de poder entre as partes.

O INSS, além de possuir acesso privilegiado às informações do segurado, é dotado de um orçamento considerável e é representado em juízo por um corpo qualificado de procuradores federais integrantes do quadro da Advocacia-Geral da União. Como se trata do maior litigante do Poder Judiciário brasileiro, está acostumado a estar em juízo, podendo-se valer das vantagens da litigância habitual.

Segundo Marc Galanter,⁶² o litigante habitual possui uma série de vantagens em relação ao litigante ocasional, cabendo listar as seguintes para fins deste estudo: i) o conhecimento prévio de outros casos faz com que possa estruturar a próxima transação e criar um registro; ii) desenvolve *expertise* e possui rápido acesso a especialistas; iii) vale-se de economia de escala, com custos iniciais baixos para iniciar qualquer caso; iv) tem oportunidades para desenvolver relações informais facilitadoras com os operadores institucionais; v) pode “jogar” com as estatísticas, pois quanto mais a questão tende a ser decidida a favor do *one-shotter*, mais o *repeat player* tende a adotar uma estratégia de

⁶⁰ Uma versão preliminar de tal ideia foi apresentada pelo autor do presente trabalho em: TAKAHASHI, Bruno. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 60, jun. 2014. Disponível em: <http://migre.me/noZpo>. Acesso em: 09 dez. 2014.

⁶¹ Os conceitos de *one-shotter* e *repeat player* são baseados no artigo de Marc Galanter Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, 1974, vol. 9, nº 1, p. 95-160.

⁶² *Ibid.*, p. 98-103.

minimizar a probabilidade de uma perda máxima; como as apostas são relativamente baixas, o *repeat player* pode adotar estratégias para maximizar ganhos em uma longa série de casos, ainda que isso envolva um risco de maximizar perdas em alguns; vi) pode buscar ganhos imediatos a partir do uso de seus recursos para influenciar a construção de regras relevantes (como uso do *lobby*); vii) pode também criar regras dentro da própria litigância (construção de precedente), o que não é interessante para aquele que possui apenas um caso.

Em contraposição ao litigante habitual, que é o INSS, a parte autora, de ordinário, é um indivíduo em situação de risco (que não pode trabalhar por causa da incapacidade; que teve seu patamar financeiro reduzido por conta da morte do instituidor da pensão; que trabalhou muitos anos no campo sem contribuir e agora, por causa da idade, não é mais aceito no mercado de trabalho, etc.). Além de estar nessa situação, o indivíduo que ocupa o pólo ativo, como regra, não conhece claramente a intrincada legislação previdenciária,⁶³ possui grau de escolaridade baixa e situação financeira precária.

De fato, em pesquisa empírica realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),⁶⁴ identificou-se que os usuários dos Juizados Especiais Federais apresentam as seguintes características: a) são pessoas físicas (autores em 99,8% das ações); b) há um equilíbrio quanto ao sexo dos autores, com ligeira prevalência de mulheres (52,2%, contra 47,7% de homens); c) o perfil médio dos autores é de adultos (acima de 30 anos), com maior concentração na faixa entre 46 e 60 anos; d) tratam-se majoritariamente de pessoas de baixa renda, com escolaridade precárias, que não possuem informações necessárias sobre seus direitos ou sobre o funcionamento do processo judicial, são mal instruídas (quando têm representante legal) e “não são protagonistas do ‘seu processo’”.

⁶³ Segundo Arthur Roberto Capella Giannatasio, Maria Cecília de Araujo Asperti e Paulo Eduardo Alves da Silva, “a legislação previdenciária vai muito além dos diplomas básicos. Para se ter uma ideia, somente entre os anos 2000 e 2006 foram publicadas quatrocentas e cinquenta e nove leis ordinárias com reflexos diretos ou indiretos sobre a matéria previdenciária, de acordo com o Ministério da Previdência” (Estudo de Caso em Previdenciário. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma Análise Empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66). Isso já permite perceber como a legislação previdenciária é intrincada. Segundo a mesma pesquisa, é importante observar que a quantidade de notícias acerca dos benefícios previdenciários divulgadas por jornais populares não é suficiente para o melhor conhecimento da legislação previdenciária, até porque muitas vezes as informações trazidas são equivocadas, o que aumenta a litigiosidade (ibid., p. 74-76). Acredita-se que a divulgação de informações equivocadas também mantém a situação de desequilíbrio informacional entre as partes em vez de mitigá-lo.

⁶⁴ *Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit., p.96-98.

Considerando-se que a maioria de demandas que tramitam nos JEFs é de natureza previdenciária,⁶⁵ e que tais características parecem se repetir em ações ordinárias,⁶⁶ pode-se afirmar que esse também é o perfil do indivíduo que litiga com o INSS.

Marco Aurélio Serau Jr.,⁶⁷ baseado no conceito de Fernanda Tartuce, afirma que os segurados estão enquadrados em uma situação de *vulnerabilidade processual*, na medida em que desconhecem aspectos técnicos do processo, além de apresentarem uma situação de hipossuficiência econômica e informacional inclusive no que concerne à falta de acesso e/ou dificuldade de utilizarem os meios eletrônicos de comunicação. Segundo Serau Jr., tal situação parece ser agravada no caso dos trabalhadores rurais, na qual prevalece a inexistência de registro formal da atividade laboral prestada e de documentação sobre uma série de circunstância acerca de sua vida.

O encontro entre essas duas realidades do INSS e do indivíduo provoca até mesmo dificuldades de comunicação, sendo perceptível em algumas situações a existência de “diferenças de universos linguísticos”.⁶⁸ A propósito, lembre-se também que é comum o uso de conceitos que nem mesmo os profissionais do Direito manejam com facilidade, como “qualidade de segurado”, “renda mensal inicial”, “renda mensal atual”, “data do

⁶⁵ A referida pesquisa do IPEA indica que o INSS ocupa o pólo passivo em 73,1% da amostra analisada, confirmando a “percepção generalizada no meio jurídico de que o juizado especial federal recebe prioritariamente demandas sociais de natureza previdenciária” (*Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit., p.108).

⁶⁶ Referindo-se aos dados dessa pesquisa empírica do IPEA, idêntica é a opinião de Marco Aurélio Serau Jr. (*Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.p.74, nota 61).

⁶⁷ Ibid., p.73.

⁶⁸ A expressão é utilizada no mesmo relatório da pesquisa empírica realizada pelo IPEA sobre os Juizados Especiais Federais. No mesmo ponto do relatório, destaca-se o seguinte quadro intitulado “O choque de realidades”: “A audiência é relativa a uma demanda por benefício rural e a parte autora, uma mulher. Durante o depoimento pessoal, percebe-se que o juiz tenta identificar o tipo de serviço realizado por ela nos últimos 15 anos, para constatar se realmente fazia jus ao benefício; contudo, a autora responde sempre com fatos de sua infância e casamento. Há grande dificuldade de comunicação entre ambos. O juiz explica que queria saber fatos mais ‘próximos’, no sentido temporal, e a autora responde sempre com eventos mais ‘próximos’, no sentido espacial. Essa dificuldade de entendimento não é percebida pelo juiz, nem pelo procurador. O impasse demora mais de dez minutos, a ponto de o procurador do INSS jogar a caneta na mesa, dizendo ‘assim não dá’, em um gesto de impaciência. O clima fica tenso e a advogada da parte permanece inerte, apática. A impressão que se tem é de que a autora, já agitada por não conseguir responder corretamente à pergunta, está sozinha ‘contra’ o juiz e o procurador do INSS. Por fim, o juiz consegue se fazer claro e a autora responde corretamente, explicando que, até então, estava achando que ele queria saber de fatos ‘próximos’ à cidade, e não ‘próximos’ ao ano de 2012. São chamadas testemunhas, sendo que uma é invalidada pelo fato de a autora conversar com ela durante sua oitiva. Fica claro que há um lapso temporal na vida da autora a respeito do qual não se pode comprovar o tipo de atividade desenvolvida. A audiência termina sem proposta de acordo, as partes assinam a ata e são dispensadas. (*juizado autônomo, 1ª Região*)” (*Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit. p. 143).

início do benefício”, “data do início dos pagamentos”, sem considerar as inúmeras siglas de que se vale o INSS, como DIB, DER, DIP, RMI, entre outras.⁶⁹

Em suma, o conflito previdenciário caracteriza-se, em geral, pela desigualdade de poder entre o INSS (litigância habitual) e o indivíduo (litigante ocasional) no contexto de uma disputa repetitiva. A característica do conflito gera reflexos não apenas nos casos em que se pretende a resolução do conflito mediante uma solução adjudicada, mas também no caso de uso de mecanismos consensuais.

É com esse modelo em consideração que o presente estudo é desenvolvido. No entanto, entende-se, a rigor, ser impossível identificar com precisão as características do indivíduo que litiga com o INSS. Isso porque existe uma multiplicidade de realidades e situações que somente podem ser verificadas em cada caso. Trata-se, de fato, de uma presunção relativa de hipossuficiência, nada impedindo que seja afastada diante das particularidades do caso concreto. Assim, por exemplo, pode haver um segurado plenamente informado de seus direitos e com um nível sociocultural que minimize as vantagens da litigância habitual do INSS. Tome-se o exemplo hipotético e limítrofe de um advogado especialista em direito previdenciário que pretende a própria revisão de sua aposentadoria mediante reconhecimento de tempo pretérito não registrado em carteira de trabalho. Da mesma forma, é possível imaginar que, em determinada localidade, a falta de estrutura da procuradoria e o excesso de trabalho impeçam os procuradores federais de analisarem minimamente os processos, de obterem os processos administrativos do INSS ou mesmo de comparecerem às audiências. Nessa situação, o desequilíbrio de poder entre as partes também poderia ser tido como mitigado. De todo modo, entende-se ser possível trabalhar com o modelo típico apresentado, desde que ciente de que excepcionalmente a situação de desequilíbrio pode não estar presente.

Para tratar de tais desdobramentos no campo dos mecanismos consensuais, é importante antes explicitar qual o conceito de conciliação adotado neste trabalho.

1.4. A conciliação entre os meios adequados de solução de controvérsias

A conciliação, assim como outros meios adequados de solução de controvérsias, não é alheia à ideia de jurisdição, devendo o conceito de jurisdição ser expandido de modo a englobar não apenas a decisão adjudicada.

⁶⁹ Tal situação é agravada quando se percebe que os juízes e conciliadores muitas vezes também adotam termos técnicos sem a preocupação necessária quanto à compressão das partes.

Segundo Carlos Alberto de Salles,⁷⁰ a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional deve ser entendida sob duplo enfoque, sendo um de vedação constitucional e outro de prestação devida pelo Estado ao jurisdicionado. A ótica da vedação ao acesso limita a problemática, ignorando o caráter prestacional da norma. Este outro enfoque permite que os meios adequados de solução de controvérsia deixem de ser “considerados formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal para passarem a ser vistos como instrumentos auxiliares desta última no atingimento de seu objetivo de prestar universalmente serviços de solução de controvérsias”. Assim sendo, tais mecanismos somam-se à jurisdição estatal, “propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário”. O modo judicial de solução de controvérsias é visto como um dentre os vários existentes para solução dos conflitos.⁷¹

Além disso, a noção de acesso à justiça não se limita ao ingresso ao sistema para a obtenção de uma solução adjudicada.⁷² O que importa é o acesso à ordem jurídica justa e, para tanto, que o melhor mecanismo de solução da controvérsia seja eleito e esteja à disposição das partes conforme o conflito existente.⁷³ Assim, a conciliação, bem como outros meios consensuais, não deve ser confundida com uma justiça de segunda ordem.

⁷⁰ Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 782.

⁷¹ Mauro Cappelletti reconhece que, em certas áreas ou em certas espécies de litígio, o tradicional processo litigioso em juízo, “pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos”. Haveria, segundo o autor, um “obstáculo processual” ao acesso à justiça, o que impediria a busca de reais alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais. A preferência por tais mecanismos alternativos de resolução de controvérsia seria decorrente da própria ampliação – ou ao menos ao desejo de ampliação – do acesso à justiça. Desse modo: “Esse é sem dúvida o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar” (Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.74, ano 19, abr./jun.1994, p. 87-88).

⁷² Consoante Antonio Cezar Peluso, a “noção de acesso à Justiça já não pode reduzir-se ao ingresso no sistema oficial de solução adjudicada de conflitos. O acesso deve significar a possibilidade de estar diante do juiz, de dialogar com ele e influenciar sua decisão, apresentando-lhe diretamente os argumentos. Essa maior integração das partes na solução dos conflitos, guiada, sobretudo, pelo princípio da oralidade, não teria sentido se não lhes fosse dada a oportunidade de engendrar ou conceber sua própria decisão, compondo por si mesmas o litígio”. (Apresentação. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.XII).

⁷³ É importante ressaltar ainda que, apesar de o trabalho estar centrado na forma judicializada de conflito, essa é apenas uma entre as tantas existentes na sociedade. Como afirma Carlos Alberto de Salles: “Nesse sentido, cabe observar, também, que, se levarmos em conta a totalidade dos conflitos surgidos em sociedade, não encontraremos uma predominância das formas judiciais. Por certo, apenas um pequeno número de controvérsias surgidas em sociedade é levado a juízo, sendo as demais solucionadas por composição direta entre as partes, desistência de uma delas, intermediação de terceiros e outras formas jurídicas ou simplesmente sociais de pôr fim ao litígio” (Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça..., cit. p. 785).

Cada mecanismo deve ser adotado quando, a partir de suas características ínsitas, mostrar-se adequado.⁷⁴

1.4.1. A classificação dos meios de solução de controvérsias

De modo geral, e seguindo a classificação proposta por Carlos Alberto de Salles,⁷⁵ os processos de solução de controvérsia podem ser divididos em três espécies: *adjudicatórios*, *consensuais* e *mistos*.

Nos *processos adjudicatórios*, um terceiro estranho às partes analisa o caso e indica uma solução com força imperativa. É o que se encontra tanto na estrutura básica do processo judicial tradicional como também em foros administrativos estatais, como os Tribunais de Impostos e Taxas, e em formas não-estatais, como a arbitragem.

No caso dos *meios consensuais*, “há uma ordenação de meios para gerar condições objetivas e predispor as partes para a realização de um acordo”.⁷⁶ Nestes, o terceiro, quando existente, apenas auxilia as partes a atingirem uma solução de consenso, sem decidir sobre a matéria em litígio.

No Brasil, as formas consensuais mais comuns são a negociação, a mediação e a conciliação,⁷⁷ destacando-se uma tratativa direta entre as partes na negociação⁷⁸ e a existência de um terceiro facilitador na mediação e na conciliação.

⁷⁴ Isso inclusive restou expresso com o surgimento da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça. Como observa Daniela Monteiro Gabbay: “Tal como reconhecido pela Resolução nº 125 do CNJ, de 29/11/2010, o papel do Judiciário não é mais apenas fornecer solução adjudicada mediante sentenças dos juízes, mas também dar outras respostas ao jurisdicionado, como através dos mecanismos de resolução consensual de controvérsias. São diferentes produtos e duas pautas distintas da justiça contemporânea: a justiça formal da decisão e a justiça informal da mediação e conciliação, e o Judiciário tem transitado entre ambas, além de garantir o controle da justiça informal por meio da homologação de acordos”. Conclui então que “o bom funcionamento do Judiciário é essencial para que outros métodos de solução de conflitos se desenvolvam positivamente. Um não deve ser pensado para corrigir as insuficiências do outro, devendo haver uma relação de cooperação que leve a um círculo virtuoso e não vicioso entre os diferentes métodos de solução de conflitos” (*Mediação & Judiciário...*, cit. p. 283). Por sua vez, Kazuo Watanabe afirma que, com a política pública adotada pelo CNJ e implementada por meio da Resolução nº 125/2010, os “jurisdicionados passaram a ter direito a esses meios alternativos, que devem ter qualidade e razoável uniformidade, respeitadas as especificidades locais e de cada justiça, em todo o território nacional, para o que passam a ser exigidos capacitação, treinamento e aperfeiçoamento dos magistrados, mediadores, conciliadores e servidores” (*Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42).

⁷⁵ Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça, cit. p. 786-792.

⁷⁶ Ibid., p. 786.

⁷⁷ Ressalte-se que tais mecanismos não são os únicos consensuais existentes. Há, por exemplo, o *ombudsman* e o *factfinding*, dentre outros. Esclarecendo esses dois últimos mecanismos, Carlos Alberto de Salles salienta: “Nos Estados Unidos são utilizados diversos mecanismos baseados em processos consensuais: o *ombudsmen*, investigando reclamações e encaminhando soluções dentro de determinada instituição; o *factfinding*, sujeito neutro em relação à situação conflitiva, contratada para levantar fatos capazes de gerar elementos para uma decisão interna ou para balizar uma negociação (...)” (ibid., p. 790).

Por fim, nos *processos mistos* há elementos consensuais e adjudicatórios. Carlos Alberto de Salles⁷⁹ lembra a utilização, nos Estados Unidos, das formas mistas da *med-arb* – em que se inicia com a mediação e, caso não haja acordo, conclui-se com a arbitragem –, e de negociações estruturadas conhecidas como *mini-trials*.⁸⁰ Tais processos decorrem da “inerente e natural liberdade envolvida nas práticas alternativas à jurisdição”, de modo que a solução de determinada controvérsia pode se valer conjuntamente de meios adjudicatórios e consensuais, sendo as possibilidades e combinações ilimitadas.⁸¹

1.4.2. A importância do papel do terceiro na classificação dos mecanismos

Desse modo, nota-se que a classificação em meios *adjudicatórios*, *consensuais* e *mistos* enfatiza o papel desempenhado pelo terceiro.

Tanto é assim que, em estudo posterior em que retoma o tema, Carlos Alberto de Salles⁸² expõe sua insatisfação com a classificação corrente no Brasil em formas autocompositivas e heterocompositivas. A crítica reside justamente no fato de a classificação ordinariamente utilizada destacar a atividade das partes e não o papel do terceiro. Na chamada autocomposição, por exemplo, o papel do terceiro é ignorado, ainda que ele possa ter atuado na indução, facilitação ou formação do acordo. Já na denominada heterocomposição, desconsidera-se o objetivo de propiciar o desencadeamento de meios propícios para a formação do consenso entre os litigantes.

Salles ressalta que, para pensar mecanismos institucionalizados de resolução de disputas, o foco deve ser no terceiro, entendendo que a diferença significativa não está nas partes, mas no juiz, árbitro, mediador, conciliador, avaliador neutro ou negociador, que

⁷⁸ O entendimento corrente e que se adota neste trabalho, é o de que na negociação exige-se a presença de duas partes, que estabelecem tratativas entre si para solucionar determinado problema. Cabe referir, todavia, que Franc Pönti, em conceituação mais ampla, admite até mesmo a negociação de um indivíduo consigo mesmo: “De hecho, podemos llegar a negociar con nosotros mismos, desdoblando conscientemente nuestra personalidad (¿no lo hace así una persona que decide dejar de fumar, por ejemplo, y traza una línea de compromisos consigo mismo que deberán conducirlo al logro de su propósito?)”. (*Los Caminhos de la Negociación: personas, estrategias y técnicas*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Granica, 2007, p. 21) Essa “negociação individual”, todavia, parece antes ser uma forma de raciocínio e de reflexão para decisões e não o que normalmente se classifica como um meio adequado de solução de controvérsias.

⁷⁹ Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça, cit. p. 790-1.

⁸⁰ Sobre os *mini-trials*, de acordo com Carlos Alberto de Salles: “Trata-se de rodadas de negociações entre administradores do mais alto nível das empresas envolvidas mediadas por um conselheiro externo neutro, contratado pelas partes para ao final, caso não se chegue a um acordo, emitir um parecer não vinculante, com a finalidade de servir de parâmetro para a negociação das partes” (ibid., p. 791).

⁸¹ Conforme Carlos Alberto de Salles: “O desenho de procedimentos aptos a auxiliar na construção do consenso a combinação de formas adjudicatórias e consensuais para solução de conflitos é, verdadeiramente, ilimitada. Seu funcionamento depende apenas do comprometimento dos envolvidos em resolver suas disputas de maneira adequada e mediante boa-fé” (*Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 193).

⁸² Ibid., p. 172-175.

atuariam de maneira diversa em relação ao conflito e as partes. Para ele, a “diferença entre partes é sempre conjuntural, ligada à natureza do conflito e às suas características subjetivas”.⁸³

No presente trabalho, defende-se, todavia, que, embora conjuntural, as características gerais das partes de determinado tipo de conflito podem apresentar elementos constantes. É o caso do conflito previdenciário em sua configuração típica, que envolve indivíduo (litigante ocasional) e INSS (litigante repetitivo) em uma situação de notório desequilíbrio de poder. Todavia, concorda-se com Salles em relação à importância que deve ser dada ao papel do terceiro na classificação e no próprio estudo dos mecanismos de solução de controvérsias. De fato, é a presença ou não do terceiro que vai diferenciar a forma de solução do conflito e alterar a própria relação existente entre as partes. Em casos mais simples, as partes conseguem resolver seus conflitos por si mesmas, como ocorre na negociação. A partir do momento em que tal solução não é possível, procura-se o auxílio de um terceiro facilitador.⁸⁴ Esse terceiro não irá retirar o poder de decisão das partes, mas irá auxiliá-las na busca de uma solução consensual. Se essa solução não for possível, a tendência é que se opte por uma decisão adjudicada de um terceiro normalmente diverso, seja por meio da arbitragem, seja pelo uso do processo judicial.

1.4.3. A diferença entre a conciliação e a mediação

No mais, é a partir do maior ou menor grau de intervenção do terceiro facilitador que se distinguem a mediação e a conciliação. Fazendo referência ao direito norte-americano, Carlos Alberto de Salles⁸⁵ salienta que nos EUA a mediação ocorre quando um terceiro neutro levanta e examina os interesses em confronto, ajudando a planejar a negociação e a chegar a um acordo, mas sem decidir sobre o interesse das partes. A conciliação seria próxima da mediação e utilizada de forma intercambiável, mas teria como

⁸³ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 173.

⁸⁴ De fato, a busca pela conciliação ou pela mediação pode ser considerado como o desdobramento de uma negociação frustrada, em que a participação de um terceiro facilitador é necessária para auxiliar a resolver o impasse que as partes, por si só, não conseguiram superar. Segundo Kimberlee K. Kovach: “Mediation is quite often considered to be the facilitation of a negotiation. A mediator essentially intervenes in an unresolved negotiation. The parties are, for a variety of reasons, unable to reach an agreement without the assistance of an outside neutral person. The mediator’s role is to assist with, or facilitate, their negotiation. Because the bulk of the mediator’s work involves diagnosing, and then repairing difficulties in negotiation, it is imperative that mediator possess a working knowledge of the negotiation process” (*Mediation in a Nutshell*. 2 ed. St. Paul: West, 2010, p. 75).

⁸⁵ *Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça*, cit. p. 790.

notas distintivas o fato de ser menos formal e de o conciliador atuar como mero interlocutor entre as partes.⁸⁶

No Brasil, é comum que o terceiro seja classificado de acordo com uma divisão que considera que o conciliador apresenta sugestões para solução do conflito existente, ao passo que o mediador não age de igual modo, limitando-se ao auxílio das partes na busca de uma solução que, ao final, seja formulada por elas próprias.⁸⁷

A isso comumente são associados aspectos qualitativos, identificando, assim, o cabimento da mediação em casos em que haja um relacionamento de múltiplos vínculos (por exemplo, relação de aluguel ou guarda de filhos), ao passo que a conciliação seria mais apropriada para situações pontuais (por exemplo, danos materiais em acidente de trânsito).⁸⁸

Apesar de não ser única,⁸⁹ essa divisão predomina e mais uma vez mostra a importância do terceiro. No entanto, para que seja possível chegar a uma distinção entre conciliação e mediação válida do ponto de vista prático e operacional,⁹⁰ algumas ponderações devem ser realizadas.

⁸⁶ Como salientado na introdução, é possível associar o que nos Estados Unidos se chama de *evaluative mediation* com o que é conhecido no Brasil por *conciliação*, e o que lá se chama de *facilitative mediation* com a *mediação*.

⁸⁷ Valeria Ferioli Lagrasta Luchiarri assim conceitua a conciliação: “A conciliação é o método de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial, que domina a escuta, sem forçar as vontades dos participantes, investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando-os à celebração de um acordo” (*Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n.125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15).

⁸⁸ Vide, por exemplo, BACELLAR, Roberto Portugal. A importância dos juizados para a democratização do acesso à Justiça. *Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009: módulo 6*. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2009, p. 319.

⁸⁹ Aloísio Surgik, por exemplo, lembra a posição defendida por José Moura Rocha, segundo a qual: “A diferenciação entre a conciliação e a transação refere-se à finalidade. Na conciliação encontra-se como finalidade uma composição contratual justa (ao contrário da mediação que aspira uma composição contratual qualquer, sem preocupação com a justiça). E sendo assim temos que a conciliação encontra-se entre a mediação e a decisão: possui a forma da primeira e a substância da segunda. Na transação não existe a preocupação dominante da conciliação: composição contratual justa. Nela (transação) ‘encontramos uma das partes dando ou prometendo alguma coisa e, por sua vez, retendo alguma coisa de conformidade com o princípio do *aliquid datum, aliquid retentum*’” (*A Origem da Conciliação*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1984, p. 287). Por sua vez, Antonio Rodrigues de Freitas Jr. defende que a diferença entre a conciliação e a mediação está no fato de que, na primeira, o terceiro facilitador exerce algum papel de autoridade sobre as partes envolvidas, ainda que seja por meio de delegação (por exemplo, quando o terceiro é um conciliador nomeado pelo chefe religioso ou pela autoridade decisória). A conciliação, nessa linha, é “administrada por um terceiro imparcial com autoridade decisória na disputa ou lide, por alguém em seu nome ou no espaço em que haverá a decisão”. Já na mediação o terceiro não apresenta qualquer papel de autoridade sobre as partes (cf. ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. *Negociação, Mediação, Conciliação, Facilitação Assistida, Prevenção, Gestão de Crises nos Sistemas e Suas Técnicas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 40).

⁹⁰ Nesse aspecto, concorda-se com Paulo Eduardo Alves da Silva, para quem a distinção entre mediação e conciliação deve ter alguma relevância do ponto de vista prático e operacional, de modo a proporcionar o uso

Em alguns casos em que, em princípio, exige-se uma atuação mais ativa e propositiva do terceiro (como em um acidente de trânsito), pode ocorrer de o silêncio ser a melhor opção em concreto. Se as partes já estão informadas de seus direitos e buscam apenas o acerto de alguns detalhes durante a sessão, não há motivo para exigir que o terceiro facilitador sugira propostas para a solução do conflito. Admitir, porém, que essa postura menos interventiva do terceiro o transforme de conciliador em mediador seria reconhecer a fragilidade do critério classificatório, que oscilaria conforme o desenvolvimento da sessão,⁹¹ e poderia ser considerada antes uma questão de técnica do que de natureza jurídica.⁹²

Acredita-se que o problema não está propriamente na classificação, mas sim no modo em que muitas vezes formulada. O importante a se destacar não é a efetiva sugestão ou não do terceiro, mas sim a possibilidade, a potencialidade, de se sugerir. É essa faculdade que vai influenciar o próprio comportamento das partes no decorrer do procedimento. De fato, ao saber que o terceiro pode apresentar sugestões, é crível que as partes em conflito passem mais insistentemente a tentar convencer esse terceiro na busca de um parecer que reputam favorável. Elas podem mesmo preferir não se manifestarem demasiadamente, aguardando pela sugestão. Em contrapartida, ao saberem de antemão que o terceiro não pode sugerir opções, é provável que as partes busquem uma maior comunicação entre si, sem tentar a todo tempo convencer o terceiro.

Da mesma forma, na medida em que a possibilidade de apresentar propostas é inegavelmente mais interventiva do que não poder apresentá-las, essa faculdade tende a ser adequada a conflitos pontuais. Realmente, a apresentação de propostas pode abreviar a

inteligente dos métodos a partir de uma variação das técnicas de cada um. (Mediação e Conciliação, Produtividade e Qualidade, cit. p. 41).

⁹¹ Embora não refute totalmente a classificação baseada na atuação do terceiro, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiarri (*Mediação Judicial...*, cit. p. 41-42) admite que, na prática, o mediador também oferece alguma sugestão do conflito. Assim, afirma que “a conciliação e a mediação não podem ser rigorosamente definidas, pois suas técnicas são praticamente as mesmas e seus conceitos se inter-relacionam”. A autora prossegue com a seguinte afirmação: “No curso de uma sessão de conciliação, por exemplo, ao investigar os interesses das partes, o terceiro facilitador pode verificar ser mais adequada a utilização das técnicas da mediação, dando continuidade à reunião como mediação. Ou seja, podem ser utilizadas na mesma sessão, com os mesmos princípios ideológicos, a conciliação e a mediação”. Além disso, Luchiarri rejeita a classificação baseada no tipo de conflito, ressaltando que “não há uma regra absoluta que recomende a conciliação para conflitos objetivos e a mediação para conflitos subjetivos; sendo útil a distinção apenas para que o terceiro facilitador reconheça a situação que lhe é apresentada e use as técnicas mais adequadas para atingir as expectativas das partes com maior ou menor ênfase às questões subjetivas ou objetivas”.

⁹² Caso se considere a mediação e a conciliação como técnicas diversas, não haveria propriamente um mediador ou um conciliador, mas sim um único tipo de terceiro facilitador que possuiria a habilidade de agir de acordo com uma ou outra dessas técnicas. Neste trabalho, porém, defende-se a importância da distinção entre a mediação e a conciliação para que, operacionalmente, o próprio conflito possa ser tratado da maneira mais adequada.

comunicação entre as partes e, assim, dificultar o restabelecimento ou a manutenção de uma relação que é ou se pretende contínua. Em contrapartida, se não havia relacionamento prévio e nem se pretende manter um contato futuro, a maior intervenção do terceiro facilitador pode ser benéfica ou mesmo imprescindível.

Em suma, ainda que não haja necessidade em concreto de apresentar propostas, é a potencialidade de assim agir que permite distinguir a conciliação da mediação.⁹³ Embora a ênfase na expressão “pode apresentar” e não na “deve apresentar” possa parecer um tecnicismo desnecessário, reitera-se que a consideração de um poder como dever é capaz de levar a desdobramentos indevidos, como aquele que transforma conciliação e mediação em técnicas a serem adotadas por um único terceiro facilitador que dentre elas opta de acordo com a apresentação ou não de sugestões no caso concreto. Nada obstante técnicas de mediação como de conciliação possam ser úteis tanto ao conciliador como ao mediador, é importante ter em mente que a mediação e a conciliação não são técnicas em si. São mecanismos, com diferentes bases conceituais, que permitem o uso de estratégias variadas.

Em outros termos, ainda que não apresente propostas no caso concreto, um conciliador não deixa de ser conciliador. É a potencialidade de apresentar que delineia o instituto da conciliação, permitindo uma conduta mais interventiva e gerando um comportamento diverso das partes.⁹⁴

Disso se infere também que não há uma hierarquia entre mediação e conciliação, não sendo nenhuma invariavelmente melhor ou pior que a outra.⁹⁵ O que existe é a adequação de determinado mecanismo de acordo com o conflito que se apresenta.

⁹³ Segundo Fernanda Tartuce, “[t]anto o mediador quanto o conciliador podem colaborar para que os indivíduos identifiquem a importância dos interesses e cogitem sobre alternativas para o impasse”. No entanto, segundo ela, “[n]o que tange a propostas é que sua atuação difere: enquanto o conciliador pode propor saídas, o mediador deve colaborar para que as próprias partes formulem alternativas de forma a preservar sua autoria na construção da resposta” (Conciliação em Juízo: o que (não) é conciliar. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2012, p. 150-151).

⁹⁴ O Novo Código de Processo Civil adotou referida classificação com o rigor técnico necessário, como se observa dos parágrafos 2º e 3º do artigo 165: “§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, **poderá sugerir soluções para o litígio**, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.” (g.n.)

⁹⁵ Sobre a inexistência de uma qualidade ínsita à mediação que a torna melhor que a conciliação, vide SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*, cit. especialmente p. 170-179.

1.4.4. O conceito de conciliação como resultado

Além dessa nota distintiva, para completar o conceito que se adota, é importante observar que o termo *conciliação* costuma ser utilizado tanto como mecanismo de solução de conflitos como resultado do uso de um mecanismo consensual. Como salienta Petronio Calmon,⁹⁶ *conciliação* não possui significado único, sendo empregada tanto para a atividade desenvolvida com vistas à obtenção da autocomposição, como muitas vezes para indicar a própria autocomposição, como resultado da atividade e não somente como a atividade tendente a este resultado.⁹⁷

Cândido Rangel Dinamarco⁹⁸ indica da seguinte maneira a amplitude do conceito de conciliação como resultado:

O vocábulo *conciliação* não tem sentido unívoco em direito processual. As partes estão conciliadas quando realizam a *transação* ou quando o réu *reconhece o pedido* ou o autor *renuncia ao direito* afirmado – e a homologação de um desses atos é, segundo a lei, um julgamento do mérito (art. 269, incs. II, III e V). Conciliam-se também mediante simples *desistência da ação*, que causa a extinção do processo e não impede a repropositura da demanda (arts. 28 e 268), ou até mesmo pelo acordo feito para o fim de *suspender o processo* por algum tempo, à espera de uma possível negociação (art. 265, inc. I) *etc.*⁹⁹

Para Eliana Pires Rocha,¹⁰⁰ a conciliação incluiria a desistência, a renúncia à pretensão de direito material, o reconhecimento jurídico do pedido e a transação. Geisa de Assis Rodrigues,¹⁰¹ por sua vez, afirma que a transação é um dos resultados possíveis da conciliação, que inclui também “a renúncia de quem tem a pretensão do direito e o reconhecimento do direito por quem poderia oferecer resistência”. O Manual de

⁹⁶ *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 133.

⁹⁷ Por isso, inclusive, Petronio Calmon propõe que ao resultado seja reservada apenas a palavra *autocomposição*. Entende-se, porém, que a utilização do termo *autocomposição* pode igualmente provocar discussões, pois minimiza a participação do terceiro, como já salientado anteriormente.

⁹⁸ *Vocabulário do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 96-97.

⁹⁹ Os dispositivos citados por Dinamarco podem ser considerados correspondentes aos seguintes artigos do Novo Código de Processo Civil: art. 487 (equivalente ao art. 269, II, III e V do CPC/73); arts. 92 e 496 (equivalentes aos arts. 28 e 268); e 313, II (equivalente ao art. 265, II).

¹⁰⁰ ROCHA, Eliana Pires. *A Conciliação no Direito Processual Civil (Efeitos Processuais)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2006, especialmente p. 78-86.

¹⁰¹ *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 46.

Conciliação da Procuradoria-Geral Federal,¹⁰² por sua vez, dispõe que *conciliar* é “a forma de solucionar os processos mediante concessões mútuas entre os litigantes (transação), desistência da ação ou do recurso interposto, renúncia ao recurso ou reconhecimento da procedência do pedido”.

Enfatiza-se, assim, que *conciliação* e *transação* não se confundem.¹⁰³ Ainda que reconhecendo o direito integral do segurado ou dependente quanto a determinado benefício ou serviço, há conciliação. Essa conclusão é de suma importância no estudo dos conflitos previdenciários, pois muitas vezes os representantes do INSS se valem do argumento de que a conciliação implica concessões recíprocas para evitar propostas que reconheçam por completo o direito da parte autora. Há aqui uma confusão terminológica do gênero com uma de suas espécies em prejuízo do indivíduo.¹⁰⁴

Desse modo, entende-se que a *conciliação* pode ser vista tanto como um mecanismo de solução consensual como também o gênero que traduz o resultado do emprego de qualquer mecanismo consensual. No primeiro sentido, *conciliação* pode ser definida como o mecanismo de solução consensual de controvérsia em que o terceiro facilitador (conciliador) pode sugerir soluções para o litígio. Por sua vez, no sentido de resultado, *conciliação* identifica-se com *acordo*¹⁰⁵ e pode ser conceituada como a solução consensual tomada pelas partes, *com* (mediação/ conciliação) ou *sem* (negociação) a presença de terceiro facilitador e que pode decorrer tanto de concessões recíprocas (transação), como de concessões apenas por uma das partes (reconhecimento do pedido, desistência da ação, renúncia ao direito que se funda a ação, desistência de recurso ou renúncia ao recurso).

¹⁰² ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*, cit. p. 7.

¹⁰³ É curioso observar que, na própria Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), distingue-se conciliação de transação, quando, no artigo 10, menciona-se a autorização expressa para conciliar e transigir.

¹⁰⁴ Nesse sentido, vê-se como um retrocesso o artigo 3º, *caput*, do Projeto de Lei nº 7.169/2014, que, ao adotar um conceito amplo de mediação, refere que: “Art.3º Somente pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre matéria que admita transação”.

¹⁰⁵ É com tal significado que se vislumbra o uso do termo *conciliação* na seguinte passagem de Carlos Alberto de Salles: “Diversamente do que pode ser afirmado em uma primeira análise, não se trata somente de conciliação, mas de uma ordenação de meios para gerar condições objetivas e predispor as partes para a realização de um acordo. Nesse aspecto, a conciliação aparece mais na condição de gênero ou de resultado a ser alcançado do que propriamente de um instrumento somado aos demais. É possível dizer serem os processos consensuais de base conciliatória ou terem por resultado uma conciliação” (Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça..., cit. p. 786).

1.5. A conciliação judicial de conflitos previdenciários

Após a definição do conflito previdenciário e da conciliação separadamente, resta tratar do uso da conciliação em conflitos previdenciários, entrelaçando-se as ideias firmadas nos itens anteriores. Parte-se, assim, para a análise da adequação do meio ao conflito a ser tratado.

Logo de início, é importante ressaltar que o uso da conciliação para o tratamento do conflito previdenciário não está isento dos reflexos negativos da litigância habitual.

1.5.1. Os reflexos da litigância habitual na conciliação

O próprio Marc Galanter¹⁰⁶ ressalta que não se espera que os litigantes habituais façam acordos nos casos em que possuem expectativa de um precedente negativo, pois, como eles esperam litigar novamente, podem selecionar casos para levar a julgamento dentre aqueles que são mais propensos a produzirem regras favoráveis. Por outro lado, litigantes ocasionais estão dispostos a renunciar a possibilidade de criar uma “boa lei” em troca de um ganho tangível. Segundo o autor, isso faz com que seja possível esperar um corpo de precedentes relativamente enviesados dentre aqueles favoráveis aos litigantes habituais.

Mauro Cappelletti¹⁰⁷ também afirma que uma questão básica acerca do emprego generalizado de meios alternativos de solução de controvérsias e de procedimentos simplificados é o fato de que eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não houver “paridade de armas” entre os litigantes. Como exemplo, cita o uso dos juizados de pequenas causas por órgãos cobradores de dívidas contra pessoas pobres. Salienta, porém, tratar-se de “um risco que pode ser prevenido por meio de remédios adequados e específicos, v.g., pela proibição de que negociantes se utilizem dos juizados de pequenas causas”.

Por sua vez, Owen Fiss¹⁰⁸ afirma que o acordo é feito em função dos recursos disponíveis por cada parte para financiar a demanda e que frequentemente tais recursos são distribuídos de maneira desigual. Essa divisão desigual de recursos ou a capacidade da parte suportar os custos da demanda invariavelmente vai afetar o processo de obtenção do

¹⁰⁶ Why the ‘Haves’ Come out Ahead..., cit. p. 101-2.

¹⁰⁷ Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, cit. p. 91.

¹⁰⁸ Contra o Acordo. In: FISS, Owen. Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 124-125.

consenso. Nesse contexto, desconsiderar esse fator é perpetuar a desigualdade já existente anteriormente, sem melhoria do ponto de vista social.

Desse modo, é de se considerar que o INSS, valendo-se da sua vantagem como litigante habitual, pode trabalhar com as estatísticas e projetar de antemão qual é o provável resultado da demanda. Sabendo qual o posicionamento da jurisprudência ou do juízo em que tramita o feito, normalmente o INSS apenas apresenta proposta de acordo nos casos em que sabe que a sucumbência é praticamente inevitável.

Ressalte-se que esse conhecimento nem precisa ser tão apurado. Basta verificar, por exemplo, se o laudo médico pericial foi claro quanto à existência de incapacidade total e permanente para se oferecer uma aposentadoria por invalidez (artigo 42 da Lei nº 8.213/91), uma vez que raramente os juízes são contrários aos pareceres dos médicos peritos, a despeito da autorização legal para tanto (artigo 479 do Novo Código de Processo Civil).¹⁰⁹

Em contrapartida, o autor aceita a proposta muitas vezes por conta de suas deficiências culturais, informacionais e econômicas. Ademais, a propalada morosidade judiciária, associada à urgência com que se busca o amparo estatal, faz com que se firme o acordo como forma de abreviar o tempo para o recebimento do benefício.

Nesse contexto, em um primeiro momento, questiona-se se o modelo, tal como empregado, é adequado, reservando-se a análise de sua suficiência para capítulo seguinte. Como resposta, defende-se que o seu uso traz vantagens que não podem ser desconsideradas no cenário brasileiro atual, sendo legítimo desde que esteja de acordo com um *devido processo legal mínimo*.

¹⁰⁹ Em estudo realizado por Lucas Pedroso Fernandes Ferreira Leal e Antonio Milagres baseado na análise de 100 processos cíveis até a primeira instância referentes à má prática médica na especialidade de cirurgia geral ajuizados no estado de São Paulo, com decisões judiciais do ano de 2009, demonstrou-se que o laudo médico pericial foi a base do entendimento dos juízes em 96% das decisões (A importância do laudo pericial médico na formação do entendimento do juízo: análise de casos de suposta má prática médica em cirurgia geral. *Revista Saúde, Ética & Justiça*. São Paulo: Instituto Oscar Freire da FMUSP, vol. 17, 2012, p. 82-90, passim). Embora referente à matéria diversa, dada a similitude da prova técnica, é crível que situação semelhante aconteça no âmbito das ações em que se pleiteiam benefícios por incapacidade em face do INSS. É interessante observar que, embora no Novo CPC continue a existir a possibilidade de desconsideração do laudo pelo juiz, parece haver um desincentivo a essa postura. De fato, o CPC/73 apenas dispunha que o juiz não estaria adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. Já o Novo CPC, no artigo 479, estabelece que o “juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”. Assim, passa a haver a exigência de que o método utilizado pelo perito seja considerado na decisão e, entende-se, que a rejeição do laudo passe também por uma análise crítica do método.

1.5.2. As vantagens do uso da conciliação em conflitos previdenciários

Os meios adequados de solução de controvérsia não podem ser vistos de forma genérica, independentemente do objeto em discussão. Não é difícil imaginar que uma mediação familiar seja diversa de uma mediação comercial ou que conciliar em contratos financeiros de habitação seja o mesmo que conciliar em demandas previdenciárias.

Assim sendo, concorda-se com Carlos Alberto de Salles,¹¹⁰ para quem o fim da jurisdição estatal e dos mecanismos adequados é o mesmo, qual seja, a solução de conflitos. Com isso, é possível colocar em exame a adequação de um meio de solução de conflitos em relação à determinada situação jurídica. Esse juízo de adequação “por falta de critério de comparação definidos e assentes, não é exclusivamente técnico, implicando, em grande parte, uma escolha, fundada em valores reputados importantes para o contexto no qual a controvérsia está inserida”.

Assim como o processo em geral, também a conciliação deve ser voltada à questão que se pretende discutir. Deve-se igualmente se valer da instrumentalidade metodológica que, segundo Carlos Alberto de Salles:¹¹¹

poderá, evidentemente, gerar subsídios para moldar procedimentos consensuais para a resolução de litígios. Nesse campo, há de se esperar do processualista, mais do que a simples aplicação de normas procedimentais, a capacitação para construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender às necessidades de situações de grande especificidade.

Dessa forma, o movimento de reconhecimento das peculiaridades do conflito é duplo. Em primeiro lugar, analisa-se qual é a forma mais adequada de solução de controvérsia (se mediação, conciliação, arbitragem, etc.). Em seguida, escolhido o mecanismo de solução de controvérsia, verifica-se no que ele precisa ou não ser alterado e como será empregado para resolução de um tipo específico de conflito.

Isso nada mais é que a decorrência lógica da aplicação da instrumentalidade metodológica ao campo dos mecanismos consensuais.¹¹² Se os mecanismos consensuais

¹¹⁰ Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias..., cit. p. 785.

¹¹¹ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 24.

¹¹² Em certa medida, postura semelhante já era defendida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao afirmarem que: “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais (...) e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas

estão inseridos no conceito de jurisdição e se o mecanismo processual deve ser compatível ao conflito que pretende resolver, é natural que não apenas nos meios adjudicatórios, como também nos consensuais, deva haver a adequação.¹¹³

Tal adequação do uso da conciliação para o tratamento de conflitos previdenciários passa pela comparação de suas vantagens em relação à adjudicação.¹¹⁴ De fato, conforme Luciane Moessa de Souza,¹¹⁵ o melhor argumento para defender o uso dos meios consensuais na esfera pública é questionar se o processo contencioso, com seu formalismo, ofereceria melhor condições de igualdade. Diante da sobrevalorização dos aspectos processuais do rito ordinário, a flexibilidade procedimental dos meios consensuais, com a maior aproximação do mediador ou do conciliador, pode ser mais favorável a tratar relações de desequilíbrio de poder. O procedimento litigioso pode trazer as mesmas desigualdades sem a proximidade que se pode obter do terceiro facilitador.

Além disso, é ilusório se imaginar que a regra é o equilíbrio e não o desequilíbrio de poder, quando o que ocorre é justamente o contrário. Embora o amplo desequilíbrio de poder seja a nota marcante do conflito previdenciário, é importante destacar que, em um mundo complexo como o contemporâneo, *a regra é a assimetria e não a simetria*.¹¹⁶ Mesmo em uma situação de suposta igualdade, como de particulares discutindo acerca da responsabilidade por um acidente de trânsito, sempre haverá nuances das mais diversas ordens (econômica, emocional, cultural, etc.) que afastarão a situação da plena igualdade.

modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas.” (*Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12-13).

¹¹³ A escolha do procedimento de acordo com as peculiaridades do conflito também costuma ser chamada pela doutrina processual de princípio da *adaptabilidade*, como lembra Valeria Ferioli Lagrasta Luchiarri (*Mediação Judicial...*, cit. p. 113). No mesmo sentido, Fernanda Tartuce também defende a adequação do método ao conflito (*Mediação nos Conflitos Cíveis*. São Paulo: Método, 2008, p. 188-190). Muitos textos relacionados às ADRs indicam uma série de critérios para que se faça a escolha do mecanismo adequado, cabendo mencionar, por exemplo, SANDER, Frank E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert (ed.). *The Handbook of Dispute Resolution*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 386-406.

¹¹⁴ Ellen Waldman desenvolve seu raciocínio apresentando questionamentos semelhantes: “Thus, any consideration of the benefits of mediation and the risks must also address the alternatives. Mediation instead of what? What will our less empowered disputant do? Where will she go if she does not proceed in mediation? Two choices exist: maintain the status quo or litigate” (*Mediation Ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 98).

¹¹⁵ Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 199.

¹¹⁶ Segundo Érica Barbosa e Silva, “é preciso reconhecer que a sociedade é coessencialmente heterogênea e assimétrica, não só pela constituição de sujeitos desiguais, como também pela qualificação e legitimação da desigualdade produzida pelas relações intersubjetivas” (*Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 211).

Em outros termos, ainda que se considere que uma relação de simetria de poder seja a situação ótima para uma negociação efetiva, esse tipo de relação não é a regra,¹¹⁷ não se podendo imaginar que a desigualdade de poder existente na realidade não se faça presente na mesa de discussões.¹¹⁸ Tal disparidade de poder nem sempre vai impedir a manifestação autêntica da vontade da parte.¹¹⁹

Assim, o problema não é saber se a conciliação é cabida em situações de assimetria de poder. O problema é saber quando se está diante de uma situação em que o desequilíbrio é tão grande que impede que qualquer solução consensual seja aventada (ou seja, nas palavras de Ellen Waldman, saber *how much is too much?*).¹²⁰

A proximidade das partes admitida pelos meios consensuais não raras vezes permite um melhor reconhecimento e tratamento de situações de desequilíbrio de poder. Tome-se como exemplo as conciliações em benefícios previdenciários por incapacidade. Como o ponto controvertido costuma exigir apenas a produção de prova documental e prova pericial, em geral se limitava a determinar a produção de laudo médico por perito judicial e se dispensava a audiência nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil de 1973, o que, acredita-se, será mantido à luz do artigo 355, I, do Novo CPC (*“Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas”*). Além disso, como dificilmente se discute o teor do laudo apresentado pelo médico perito, a tendência é que haja defesas padronizadas com acolhimentos igualmente padronizados dos laudos nas sentenças. A designação de audiências de conciliação, por sua vez, ao permitir um contato mais direto com as partes possibilita que a situação em concreto possa ser avaliada, inclusive fazendo ponderações específicas sobre o contexto sociocultural do requerente. Mais importante, diante da flexibilidade, admite-se que o rigor do laudo médico seja mitigado, a partir da construção conjunta da subsunção da norma ao fato.¹²¹

¹¹⁷ Christopher W. Moore (*The Mediation Process: practical strategies for resolving conflict*. 3ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2003, p. 391): “Although symmetrical power relations seems to be the optimal relationship for effective bargaining, this type of relationship is not the norm. Parties generally differ in the form or amount of power or influence they possess in relation to one another”.

¹¹⁸ Como afirma Forrest S. Mosten: “Power imbalances are everywhere in human interaction outside the mediation room, so it is no surprise that they surface at the negotiation table as well” (Comments on Case 4.2. In: WALDMAN, Ellen (ed.). *Mediation Ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 103).

¹¹⁹ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*, p. 217.

¹²⁰ *Mediation Ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 87.

¹²¹ Para o desenvolvimento da ideia de construção conjunta da subsunção, vide o Capítulo 2, especialmente item 2.5, *infra*.

Ademais, ao se permitir a maior proximidade do terceiro facilitador, aspectos pessoais do indivíduo e outros que não estão nos autos podem ser revelados. Assim, por exemplo, o conhecimento das dívidas que a falta do benefício previdenciário ocasionou, as dificuldades enfrentadas quando do atendimento na agência do INSS, entre outros. Da mesma forma, ao se aproximar, o terceiro facilitador pode valer-se de estratégias que são vedadas ao juiz da causa.¹²² De maneira semelhante, a proximidade entre indivíduo e o representante do INSS pode fazer com que a pessoa se sinta ouvida pela instituição, podendo obter esclarecimentos e, em certos casos, ouvir um pedido formal de desculpas.

Por fim, não menos importante é observar que, apesar de tudo, a forma como desenvolvidas as conciliações com o INSS reduz o tempo do processo, o que pode ser benéfico também para o indivíduo. De ordinário, o segurado é beneficiado com a implantação mais rápida do benefício, o que mitiga a situação de risco social que enfrenta, ainda que isso represente receber menos a título de parcelas pretéritas. Saliente-se ainda que, em um contexto em que as necessidades são prementes, o fato de se reduzir o tempo do processo é justificável e é uma obrigação de todos aqueles que atuam no sistema judicial – e não apenas do Judiciário.¹²³

Diretamente relacionada a esse aspecto é a redução de despesas. Segundo relatório de pesquisa do IPEA sobre o Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal,¹²⁴ o custo médio total provável do processo de execução fiscal médio é de R\$ 4.685,39 e o custo médio provável baseado em atividades é de R\$ 1.854,23. Ambos os valores consideram a variável do tempo. Na Justiça Federal de primeiro grau, o tempo médio total de tramitação do processo de execução fiscal é de oito anos, dois meses e nove

¹²² Sobre o aparente conflito entre a *ética do cuidado* e a *ética da imparcialidade* do conciliador, bem como sobre a formação de uma *base adequada de poder*, vide Capítulo 3, especialmente itens 3.3 e 3.4, *infra*.

¹²³ Boaventura de Sousa Santos refere como um dos impactos negativos da morosidade que a demora prolonga a ansiedade e a incerteza das partes, o que abala a confiança nos tribunais. Nesse caso, se a morosidade é um problema estrutural, a desconfiança generaliza-se, influenciando a própria percepção social acerca da justiça. O autor chama atenção ainda para estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada que constatou que a avaliação geral do conjunto da população brasileira considera tão importante a produção de resultados que ajudem na solução de conflitos e afirmem um sentido de justiça, quanto a rapidez na decisão dos casos. Destaca também que a investigação complementar da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios revelou que 15,9% das pessoas que não recorreram aos tribunais alegaram como razão a morosidade (*Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 41-42).

¹²⁴ *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisa Judiciária, 2011, p. 25-27.

dias.¹²⁵ Desse modo, infere-se que reduzir o tempo de tramitação geraria um menor gasto do processo de execução fiscal.¹²⁶

Situação paralela pode ser imaginada nos processos previdenciários. De fato, um processo de tramitação abreviada exigirá menos atos cartorários relativos a publicações, juntadas de petição, certificações, etc. Irá ainda demandar menos tempo de trabalho de estagiários, servidores e juízes. Assim sendo, ainda que as peculiaridades do processo previdenciário não se confundam com os de execução fiscal, é inegável que nos dois casos o uso de mecanismos consensuais pode implicar uma redução de custos.¹²⁷

Mesmo a ideia amplamente difundida de que o acordo com base na renúncia de atrasados gera sempre um prejuízo ao autor pode ser questionada dependendo das variáveis que se apresentem no caso. Analisando o modo como as conciliações previdenciárias são realizadas na Justiça Federal de Novo Hamburgo, Igor Fonseca Rodrigues¹²⁸, por exemplo, demonstra que o valor que seria dispendido pelos segurados com o pagamento de honorários advocatícios, caso se aguarde a decisão adjudicada, poderia fazer com que o valor líquido que ao final seria pago a eles ficasse inferior do que se houvesse a aceitação do acordo, mesmo com renúncia de parcela dos atrasados.

Em síntese, as vantagens sobre a adjudicação, como a proximidade do conciliador e das partes, a celeridade e a redução de custos, tornam a conciliação viável no tratamento dos conflitos previdenciários.¹²⁹ Para que o uso seja adequado, porém são necessários esclarecimentos adicionais.

¹²⁵ *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*, cit. p. 33.

¹²⁶ Na execução fiscal, o uso de mecanismos consensuais pode ainda trazer como vantagem uma maior efetividade na cobrança da dívida. Em estudo realizado em 2007 sobre as Execuções Fiscais no Brasil pelo Ministério da Justiça, destacou-se: “A adoção de métodos alternativos de resolução de controvérsias pode tomar forma e sedimentar-se com a instauração de um juizado especial para a cobrança da dívida ativa, com ou sem limite de valor. A experiência vitoriosa dos juzizados especiais cíveis da Lei n. 9.099/95 (Juizados Estaduais), assim como a da Lei n. 10.259/01 (Juizados Federais), demonstra que os juzizados, desde que tomados certos cuidados, têm condições de ser um instrumento eficiente para o recebimento de débitos oriundos da dívida ativa.” (BRASIL. *Estudo Sobre as Execuções Fiscais no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007, p. 68).

¹²⁷ Cabe observar, porém, que não se considera como vantagem a redução de custo que ocorre quando o INSS, por meio de um acordo, deixa de pagar ao segurado a totalidade do benefício devido, incluindo o valor integral dos atrasados. Essa situação é analisada melhor no decorrer do capítulo seguinte.

¹²⁸ Análise Econômica da Conciliação Previdenciária. *Revista Virtual da AGU*. Brasília: Advocacia-Geral da União, a. X, n. 105, 2010. Disponível em: <http://migre.me/kMp7l>. Acesso em: 03 ago. 2014.

¹²⁹ Ressalte-se que a defesa da conciliação para o tratamento do conflito previdenciário, embora adotada neste trabalho, não é a única visão existente. De fato, no desenvolvimento do tema, procura-se analisar posicionamentos que criticam tanto a conciliação de conflitos previdenciários como, em um plano mais amplo, a conciliação em situações de desequilíbrio de poder. De todo modo, quanto a esse último aspecto, além do referido texto de Owen Fiss (Contra o Acordo, cit.), merece ser destacado ainda o trabalho de Trina Grillo (The Mediation Alternative: process dangers for women. *Yale Law Journal*, vol.100, April, 1991, p.1545-1610), dentre outros.

1.5.3. A relevância do devido processo legal mínimo

Dentro da distinção proposta, é importante que se perceba que a conciliação se mostra mais adequada que a mediação, dada a própria natureza do conflito previdenciário. De fato, tratando-se de um conflito que tipicamente envolve uma relação de desigualdade entre as partes, a atuação mais interventiva do conciliador mostra-se favorável. Considerando-se um indivíduo que mal conhece seus direitos previdenciários, é de se questionar se, ausente a possibilidade de apresentação de opções pelo conciliador, alguma outra proposta poderia ser trazida que não aquela do INSS.

De resto, trata-se de um conflito pontual. Embora o vínculo entre o indivíduo e a Previdência Social em geral perdure por toda a vida contributiva, o conflito, em si, é limitado. Normalmente, não se trata de aprofundar a relação e discutir aspectos psicológicos do problema. O problema está no indeferimento de um pedido, discutindo INSS e indivíduo quanto ao preenchimento dos requisitos. Resolvida a pendência, as partes não pretendem aprofundar o relacionamento futuro.

Além disso, não se pode ignorar que o presente estudo se centra nos conflitos previdenciários judicializados. A rigor, então, há antes uma forma mista de conciliação com adjudicação que uma conciliação pura. Isso porque, embora haja inegavelmente uma parcela consensual, não se pode ignorar que, não havendo conciliação, o processo segue nos seus ulteriores termos até que haja uma decisão adjudicada.¹³⁰

Assim sendo, a conciliação sofre reflexos decorrentes de sua inserção no sistema judicial.¹³¹ A perspectiva de uma decisão adjudicada pode ser utilizada como argumento para a aceitação de eventual proposta de acordo. Sobretudo, o fato de se tratar de um

¹³⁰ Sobre as formas mistas, Carlos Alberto de Salles afirma: “Daí as formas mistas, enunciadas acima. Estas refletem de alguma forma a estrutura do Código de Processo Civil em relação à conciliação: esta é colocada como um objetivo a ser perseguido (art. 125, IV); não sendo alcançada, a solução é dada por uma decisão. A ideia é tentar uma solução consensual, permitindo, caso ela não venha a ser alcançada, a conversão em processo adjudicatório” (Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias ..., cit. p. 787).

¹³¹ Particularmente, cabe aqui a observação de Marc Galanter no sentido de que não há uma separação rígida entre os meios adequados e as formas jurisdicionais tradicionais: “it is important not to be distracted by the fiction of a radical split between ADR and ‘traditional adjudication’. Most ADR is not located in autonomous institutions that operate independently of the norms and sanctions of the legal system. Instead ADR is typically situated near legal institutions and dependent upon legal norms and sanctions. Correspondingly, most of what goes on in and around courts is not ‘traditional adjudication’ if that means the decisive application of legal norms to fully presented specific cases. Instead we find maneuvering, bargaining, and (often) mediation in the shadow of possible adjudication – and the expense and risk of obtaining it. That ADR and adjudication reside in distinct normative worlds is a persistent element in the mythology of the partisans of each, in spite of ample evidence of the pervasive continuities” (Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, vol. 66, n.3, 1989, p.xiii).

mecanismo consensual a ser utilizado no âmbito do Poder Judiciário faz com que haja uma expectativa e uma exigência de que o resultado obtido seja justo. De acordo com Jacqueline Nolan-Haley, os tribunais e a sociedade esperam que os programas de conciliação judiciais possam fornecer justiça substantiva às partes. Tais programas, então, devem ser mais diligentes do que os programas privados na busca pelo que é justo.¹³²

Segundo Nolan-Haley,¹³³ presume-se que as partes que optam por resolver suas disputas por meio do Judiciário almejam o que os tribunais devem oferecer: adjudicação baseada em normas legais. Tal pretensão é suspensa quando se tenta a conciliação, seja por opção, seja por determinação do juízo e, assim, em vez de um juiz para proteger a justiça do processo de solução de controvérsia, o terceiro facilitador assume tal responsabilidade.¹³⁴

De novo, entende-se que a maior responsabilidade decorrente do dever de zelar pelo resultado justo é mais bem enquadrada na conciliação do que na mediação, dada a postura mais interventiva que se permite ao conciliador.

Ocorre que, segundo Maria Cecília de Araújo Asperti,¹³⁵ os meios consensuais têm se mostrado um dos principais mecanismos para se lidar com a repetição de demandas individuais, figurando-se como uma resposta gerencial atribuída pelo Judiciário. Não é diverso o que ocorre com os conflitos previdenciários judicializados. A conciliação muitas vezes é adotada como prática gerencial para fazer frente ao grande volume de processos. O risco evidente está em se partir de uma lógica limitada ao binário maior produção/ menor tempo, ignorando-se as peculiaridades do caso concreto e pautando-se por índices de realização de acordos, sem levar em conta a satisfação das partes com o resultado e com o processo de conciliação ou mediação, o que pode favorecer situações de pressão em face dos litigantes ocasionais.¹³⁶

¹³² Conforme a autora: “We should expect higher levels of fairness interventions if mediation occurs in, or is ordered by, the court, particularly if there are power imbalances between the parties or if the court selects the mediator. Courts and society have a vested interest in the substantive fairness delivered by judicially sponsored mediation. Court mediation is linked to the public justice system and calls for more diligence in fairness interventions than does private mediation. Most parties who are required by courts to participate in mediation originally came to court with expectations of public justice reviewable through the appellate process. They did not intend a regime of secret justice without accountability” (Comments on Cases 5.3 and 5.4. In: WALDMAN, Ellen (ed.). *Mediation Ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 148).

¹³³ Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking. *Notre Dame Law Review*, vol. 74, issue 3, 1999, p. 830.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 830.

¹³⁵ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 10.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 48.

Por isso, sob outro ângulo, é relevante destacar que não basta admitir o uso indiscriminado da conciliação. A conciliação deve ser valorizada como mecanismo adequado e não como uma justiça de segunda ordem empregada somente para mitigar as mazelas do Poder Judiciário.

Jacqueline Nolan-Haley¹³⁷ aponta ainda que partes que ingressam em juízo para apresentarem seu caso perante um juiz não necessariamente estão preparadas para se engajarem em barganhas com o oponente, havendo algo de perturbador em fazê-las participar sem o conhecimento da extensão de seus direitos e opções legais.

No mais, deve-se considerar que as partes foram intimadas a comparecer em um ambiente judicial, o que carrega uma percepção de obrigatoriedade que não se pode esquecer. De fato, nos casos do Juizado Especial Federal, a ausência a uma sessão de conciliação pode ser tida como causa de extinção do processo, a partir de uma leitura que é feita do artigo 51, I, da Lei nº 9.099/95,¹³⁸ aplicada subsidiariamente pela Lei nº 10.259/01. No Novo CPC a ideia de obrigatoriedade aumenta, na medida em que, pelo §8º do artigo 334, o não comparecimento injustificado do autor ou réu à audiência de conciliação é considerado como ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

Nolan-Haley¹³⁹ chega a questionar até que ponto a obrigatoriedade de participar em um processo conciliatório não estigmatizaria a voluntariedade do resultado. Por isso, afirma que, em tais situações, há um dever de maior vigilância para auxiliar as partes a atingirem um resultado voluntário. Segundo a autora, as partes devem compreender que sua participação inicial a uma sessão de conciliação não implica que deverão continuar as tratativas e chegar a um acordo. Os conciliadores, por sua vez, devem compreender a diferença entre obrigatoriedade de se entrar em um processo conciliatório e compulsoriedade ou coerção para continuar as tratativas ou para chegar um acordo.

Importa, para tanto, que o instituto seja balizado por princípios e regramentos, ainda que mínimos, que garantam a qualidade do mecanismo. É isso que permite que a conciliação em conflitos previdenciários seja adequada.

¹³⁷ Informed Consent in Mediation..., cit. p. 835.

¹³⁸ “Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo”.

¹³⁹ Informed Consent in Mediation..., cit. p. 829-830.

Segundo Carrie Menkel-Meadow,¹⁴⁰ diante das sérias dúvidas que podem surgir sobre a litigância habitual e a justiça, pode-se argumentar que as *ADR* deveriam ser delineadas de modo a serem mais receptivas e justas para os litigantes ocasionais em vez de se presumir que só porque existem vantagens para o litigante habitual nas *ADR*, tais privilégios não irão existir no processo judicial tradicional.

Marc Galanter,¹⁴¹ por sua vez, ressalta que não se devem confundir os mecanismos adequados com informalismo, existindo na realidade um formalismo de forma breve (*short form formalist*). Não se trata de uma desprofissionalização, mas de uma troca de profissionais; não se trata de uma ausência de regras legais e processuais, mas de uma aplicação mais flexível.¹⁴² Em outros termos, flexibilidade procedimental não significa ausência de devido processo legal, ainda que mínimo, na conciliação.

Daniela Monteiro Gabbay,¹⁴³ tratando da mediação, mas em afirmação igualmente válida para a conciliação, destaca a necessidade de se garantir um mínimo de procedimento, afirmando que “difícilmente alguém discordaria do fato de que na mediação deva haver imparcialidade do mediador, voluntariedade das partes e contraditório entre elas, resguardando-se a igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo”.

A autora¹⁴⁴ pondera, entretanto, que esse devido processo legal deve ser colocado em termos mínimos, de modo a não gerar uma procedimentalização ou formalização excessiva que seja contrária à própria autonomia e à flexibilidade do desenho processual da mediação. Defende, então, que os contornos mínimos são trazidos pelas normas constitucionais (garantias processuais), trazendo a discussão para o campo da teoria geral do processo. Dessa forma, aplicam-se os incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, que garantem que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

¹⁴⁰ Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems?: Repeat Players in ADR. 15 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19 1999-2000, p. 46.

¹⁴¹ Introduction: compared to what?..., cit. p.xiii-xiv.

¹⁴² Ao analisar a mesma passagem do texto de Marc Galanter, Carlos Alberto de Salles resume-a da seguinte forma: “mecanismos alternativos não podem ser confundidos com informalismo. Para Galanter, há neles um ‘short form formalism’, quer dizer, as amarras legais e processuais para aplicação normativa é mais flexível, não significando, entretanto, um decréscimo na participação de profissionais, mas uma troca de profissionais. Por exemplo, de juristas por psicólogos ou assistentes sociais em questões de família” (Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias..., cit. p. 285).

¹⁴³ *Mediação & Judiciário*..., cit. p. 48-49.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 29-30.

acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁴⁵

Seguindo essa linha conceitual, defende, então, um arranjo processual mínimo, baseado em uma estratégia que respeite as peculiaridades do conflito previdenciário.¹⁴⁶ É isso que irá guiar a atuação do terceiro facilitador e que irá permitir que sejam traçados alguns parâmetros de atuação, ainda que se reconheça a relativa autonomia e liberdade dessa atividade. Avançando no raciocínio, reputa-se que as características da conciliação, embora permitam o estudo do instituto à luz da teoria geral do processo, irão fazer com que determinados conceitos e princípios processuais sejam remodelados.

1.6. Síntese

Desse modo, observa-se que o emprego ou não da conciliação pode ou não ser benéfico, tendo em vista a sua adequação ao conflito que pretende tratar e a forma como tal tratamento é realizado, sendo tal adequação vista sob a perspectiva da *instrumentalidade metodológica*. Para que se verifique a adequação, então, é importante que se note que o conflito previdenciário se caracteriza, como regra, pelo notório desequilíbrio de poder existente entre o indivíduo que requer um benefício (litigante ocasional) e o INSS (litigante repetitivo). Cabe ainda considerar que a *conciliação* pode ser definida como mecanismo e como resultado; no primeiro sentido, é um mecanismo de solução consensual de controvérsia em que o terceiro facilitador (conciliador) pode sugerir soluções para o litígio; no segundo, identifica-se com *acordo*. Assim sendo, o uso da conciliação em conflitos previdenciários justifica-se pelas vantagens que possui em relação à adjudicação (maior proximidade das partes, celeridade, menores custos, etc.), mas só é adequado se houver o

¹⁴⁵ Em sentido semelhante, Érica Barbosa e Silva identifica a existência de pressupostos processuais ligados aos principais sujeitos da conciliação, tal como a necessidade de se verificar a legitimidade do conciliador e do juiz, e a capacidade da parte (*Conciliação Judicial*, cit. p. 278-279).

¹⁴⁶ Nesse aspecto ainda, vale-se de estratégia semelhante à utilizada por Carlos Alberto de Salles ao tratar da arbitragem em contratos administrativos. Segundo o autor: “(...) o processo passa a se colocar em um fenômeno mais amplo, não circunscrito à esfera judicial. Sua utilidade enquanto um tipo específico de estrutura normativa ganha um caráter mais amplo, colocando-se como mecanismo de regulação do exercício do poder em geral, sem estar limitado à esfera da jurisdição estatal (...). Esse enfoque coloca ao processualista tarefas bem mais amplas que a simples exegese das normas processuais. Passa a se exigir dele uma participação ativa na construção do próprio processo, pensado da perspectiva de sua adequação a situações de grande especificidade e complexidade (...). Essa nova tarefa de adequação processual pode ser assumida sob dois significados: enquanto esforço interpretativo, visando a uma melhor aplicação da norma processual, por meio da revelação ou explicitação da racionalidade valorativa contida na estratégia procedimental na qual ela está envolvida; e na condição de agente ativo na construção de desenhos processuais adequados a situações determinadas (*Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 282).

respeito a um regramento, ainda que reduzido, que constitui o *devido processo legal mínimo*.

O desenvolvimento do que se entende por devido processo legal mínimo, sob a ótica do terceiro facilitador, será desenvolvido, sobretudo, a partir do terceiro capítulo.¹⁴⁷ Antes, todavia, reputa-se relevante delinear qual o campo existente de desenvolvimento das conciliações em conflitos previdenciários, de modo a traçar o espaço em que, idealmente, o terceiro facilitador pode atuar.

¹⁴⁷ Vide, em especial, item 3.3 do Capítulo 3, *infra*.

CAPÍTULO 2: OS LIMITES NA CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS PREVIDENCIÁRIOS

Como visto, as conciliações de conflitos previdenciários costumam ocorrer mediante a renúncia de valores em atraso em demanda que o INSS sabe que muito provavelmente irá perder. Defende-se que tal fórmula seja possível, desde que haja alguma margem de incerteza e a decisão do indivíduo em aceitar o acordo seja informada.¹⁴⁸ Assim, em princípio, havendo alguma incerteza, desde que o requerente esteja consciente da opção que está tomando e desde que repare ser essa a decisão mais adequada aos seus interesses, é válida a renúncia aos atrasados.

É intuitivo, porém, que em muitas situações o modelo mostra-se insuficiente. Ainda que a escolha tenha sido consciente, é comum que a opção em se aceitar uma proposta dessa natureza seja antes de tudo o reflexo de uma situação de urgência em se receber o benefício. Isso é visível, por exemplo, no caso de benefícios por incapacidade, em que os meios para o requerente garantir a sua própria subsistência são prejudicados pela incapacidade laborativa.¹⁴⁹

Desse modo, ao aceitar o acordo, o indivíduo realiza uma ponderação que leva mais em conta a Pior Alternativa à Não Negociação de um Acordo que a Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo ou, nas siglas em inglês, mais o WATNA (*Worst Alternative To a Negotiated Agreement*) que o BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*).¹⁵⁰

¹⁴⁸ A questão da existência de incerteza é tratada no decorrer do presente capítulo. Já o conceito de decisão informada é exposto no capítulo seguinte, especialmente nos itens 3.3 e 3.5, *infra*.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, cabe citar o seguinte trecho escrito por Flávio Roberto Batista: “(...) por que os segurados aceitam maciçamente os acordos, se podem estar certos da vitória processual quando eles são oferecidos? Das muitas razões que se poderia cogitar para tal realidade, uma, a mais lógica, sobressai – a necessidade urgente de recursos financeiros. Como se sabe, a função precípua da previdência social consiste em proteger os trabalhadores contra contingências que lhes retirem a capacidade de ganho para sustento próprio e da família, atribuindo, assim, benefícios aos partícipes do sistema, segurados e dependentes, que se vejam nas situações previstas no art. 201 da Constituição Federal” (Questões problemáticas sobre a transação com o INSS nos Juizados Especiais Federais: eficiência administrativa e acesso à justiça. In: SERAU, Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). *Juizados Especiais Federais: Reflexões nos Dez Anos de Sua Instalação*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 104).

¹⁵⁰ Os conceitos de BATNA e WATNA podem ser definidos, respectivamente, como o melhor e o pior cenário em caso de não haver acordo. Tais conceitos são associados à chamada Escola de Harvard e podem ser aprofundados a partir da leitura, por exemplo, de FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce.

De fato, caso não concorde com a proposta, a pior alternativa seria não receber o benefício em vida, tendo em vista a demora até a prolação de uma decisão judicial, ainda que favorável. A melhor alternativa ao acordo, por sua vez, seria receber o benefício após uma série de recursos judiciais e um longo período de espera. Se, como afirmam Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton,¹⁵¹ quanto melhor o BATNA, maior o poder, depreende-se como é reduzido o poder do indivíduo que pleiteia judicialmente um benefício em face do INSS.

Assim sendo, a prática gera uma desconfiança não apenas dos segurados, mas também dos demais atores do processo previdenciário.¹⁵² De fato, não é desejável que a demora de uma resposta judicial efetiva seja o principal incentivo para aceitação do acordo, sob pena de admitir-se o próprio fracasso do Poder Judiciário.

Além disso, se o motivo que compele a parte autora a aceitar o acordo é a demora de uma decisão judicial, a partir do momento em que o Poder Judiciário passasse a se organizar de modo a reduzir o tempo de resposta aos anseios da sociedade, não mais se justificaria o uso da conciliação. Existiria aqui o que Paulo Afonso Brum Vaz¹⁵³ chama de *paradoxo da eficiência*, ou seja, “quanto mais eficiente e ágil for a unidade jurisdicional, menor será a probabilidade de a parte-autora optar por uma solução consensual”. Tal resposta seria contingencial e pouco afeita a uma política pública de tratamento de conflitos que se pretende permanente, como a estabelecida pela Resolução nº 125/10 do CNJ.¹⁵⁴

Em uma perspectiva mais ampla, o modelo adotado, ao se basear em uma ponderação de custos e benefícios, replica uma lógica adversarial de ganhador e perdedor, na qual o INSS pretende reduzir o prejuízo oferecendo um valor menor em uma demanda

Como chegar ao sim. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, especialmente p. 118-126. Embora referida obra não trate em específico do WATNA, seu conceito pode ser obtido a partir de sua oposição ao BATNA.

¹⁵¹ *Como chegar ao sim*, cit. p. 122.

¹⁵² Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indica que 49% dos Juizados Especiais Federais visitados alegaram que nunca realizaram audiências exclusivamente de conciliação. Os dados coletados indicam que não há consenso sobre a importância da conciliação nos JEFs, especialmente nos casos de conflitos previdenciários. Segundo a pesquisa, vários magistrados posicionaram-se claramente contra a prática de conciliações em matéria previdenciária, por percebê-la como uma forma de “barganhar direitos” e entenderem que os juizados não são um “mercado de desconto de direitos” (*Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit. p. 135-137). No mesmo sentido, Maria Cecília de Araujo Asperti, pesquisando o funcionamento da Central de Conciliação da Justiça Federal em São Paulo (Cecon-SP), afirma que em “virtude desse desconto de 20%, alguns juizes resistem a encaminhar casos envolvendo benefícios previdenciários para conciliação, entendendo que é melhor que o jurisdicionado aguarde a prolação da sentença para recebimento do valor integral dos atrasados” (*Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 95).

¹⁵³ Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social, cit.

¹⁵⁴ Tal Resolução, conforme consta em sua ementa, “[d]ispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.

que sabe que vai perder.¹⁵⁵ Como salienta Bryan Clark,¹⁵⁶ a mudança cultural é uma via de mão dupla, podendo haver tanto a influência da via inovadora na tradicional como também o inverso. Assim, é possível dizer que, em alguns contextos, a cultura legal tradicional está se infiltrando na cultura da conciliação em uma extensão maior do que o reverso. Seria a contaminação da *cultura da sentença* nas tentativas de se estabelecer a *cultura da pacificação*.¹⁵⁷

Mesmo com essas críticas, há autores que consideram o modelo de conciliação em que o particular renuncia a parcelas de atrasados em casos em que o INSS entende que provavelmente irá sucumbir como o único possível. Para tanto, tendem a valer-se do instrumental teórico utilizado para casos em que o Estado atua em regime de direito privado ou ainda de conceitos genéricos como paz social e eficiência.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Traços dessa relação adversarial são vistos também durante as audiências, por exemplo, quando as partes tentam convencer o conciliador acerca da sua pretensão, ou quando a parte que perdeu menos se sente vencedora em relação a que cedeu mais.

¹⁵⁶ *Lawyers and Mediation*, cit. p. 57.

¹⁵⁷ As expressões *cultura da sentença* e *cultura da pacificação* são trazidas do ensinamento de Kazuo Watanabe (A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10).

¹⁵⁸ Alguns exemplos podem ser citados. Marcelo Cavaletti de Souza Cruz faz referência à doutrina de Renato Alessi e à distinção entre interesse público primário e secundário. Em seguida, associa a possibilidade de transação como “um mecanismo ideal de atendimento ao princípio constitucional da eficiência administrativa”. Segundo Cruz: “(...) é muito mais eficiente e, por conseguinte, mais econômico que o Poder Público promova um planejamento de sua atuação perante o contencioso judicial, evitando-se a interposição de recursos e defesas meramente procrastinatórios, buscando contribuir para a efetividade da jurisdição. É isso que esperam os jurisdicionados, que, em última análise, são os titulares dos bens defendidos em juízo”. No entanto, essa busca pela eficiência somente é defendida nos casos em que a derrota do INSS na demanda judicial é praticamente certa. Tanto é assim que Cruz afirma que o momento que o procurador se encontra apto à celebração de acordo é aquele em que “estiver dirimida a controvérsia quanto ao fato ou direito aplicado ou debatido em juízo ou, alternativamente, houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente”. Só que, mesmos em tais situações, em que se nota a ausência de controvérsia, o que se propõe (e o que se pratica rotineiramente) é a aplicação de deságio sobre os atrasados. (Acordos em juízo em matéria de benefícios previdenciários. In: LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (coord.) *Prática Previdenciária: a Defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, especialmente p. 707-710). Por sua vez, Lucio Picanço Facci ressalta que o papel atual da Advocacia Pública não se identifica tão somente com a defesa dos interesses patrimoniais do Poder Público, passando a ter que pautar a sua atuação “em consonância com os deveres impostos ao Estado pelas normas constitucionais, em especial a observância da moralidade administrativa, o respeito aos direitos fundamentais e ao exercício pleno da cidadania”. Segundo ele, os “Procuradores de Estado não são Procuradores de Governo”, possuindo a missão de concretizar a justiça em sentido amplo. No entanto, limita-se a indicar o elevado número de acordos feitos em matéria previdenciária e a apresentar os normativos internos. Mais adiante, Facci parece defender o modelo adotado de aplicação de deságio diante de demandas que o INSS sabe de antemão que irá sucumbir, ao fazer uma associação entre celeridade, economia para o Estado e insegurança jurídica: “A utilização da conciliação pelo Poder Público, neste contexto, além de instrumento de pacificação social, consubstancia indicação pelo Estado de que pretende evitar os efeitos perniciosos do prolongamento de litígios. Ademais, o prolongamento do litígio nas causas manifestamente favoráveis ao administrado apenas eternizaria o estado de insegurança jurídica. Nestes casos, nem mesmo o interesse meramente econômico do Estado seria tutelado com a insistência no litígio pois o prolongamento da demanda aumentaria o valor do montante devido, em se tratando de decisões condenatórias contra a Fazenda Pública. A conciliação pelo Poder Público contribui para a efetivação da prestação jurisdicional e representa a utilização responsável do

Em contraposição a tais posicionamentos, defende-se neste trabalho que o modelo adotado não é o único, cabendo ampliar o campo de possibilidades pela análise crítica do *mito da indisponibilidade do interesse público*.

2.1. O mito da indisponibilidade do interesse público revisitado

A indisponibilidade do interesse público é um argumento retórico comumente utilizado para limitação das conciliações ao modelo existente de renúncia dos atrasados em demanda que o INSS muito provavelmente irá perder. De início, a ideia foi utilizada para negar a própria possibilidade de conciliação com o INSS; em seguida, houve uma mitigação dessa pretensa indisponibilidade, mas que, longe de representar um avanço, serviu para justificar uma conduta economicista dissociada da natureza da prestação previdenciária.

No entanto, é importante ressaltar que a disponibilidade do direito não necessariamente está relacionada a direitos patrimoniais de caráter privado.¹⁵⁹ Carlos Alberto de Salles,¹⁶⁰ por exemplo, afirma que há disponibilidade quando a Administração paga algum benefício assistencial como a “bolsa família”, dispondo de bem público sem qualquer contrapartida imediata.

É importante, assim, questionar a própria locução *indisponibilidade do interesse público*. Nessa tarefa, Salles¹⁶¹ apresenta duas modalidades básicas de indisponibilidade: a *material* e a *normativa*.

sistema judiciário pela Advocacia Pública, consistente na consciência das implicações que sua postura no litígio irá carrear não apenas a parte contrária, mas ao sistema judiciário, ao próprio Estado e à sociedade” (Conciliação no Direito Processual Público: Novos Paradigmas e a Experiência Recente da Advocacia-Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, número 106, jan. 2012, p. 95 e 97-98). Na mesma linha, o procurador federal Silvio Marques Garcia refere-se à celeridade, à paz social e ao conforto das partes para justificar a prática: “(...) não se trata de simples renúncia ao direito fundamental material à seguridade social, pois a realização do acordo implicará a concessão do benefício. O que se renuncia, portanto, é a parcela do valor a que o beneficiário tem direito em prol do recebimento mais célere da prestação e também do fim da discussão processual, trazendo a paz social e o conforto para as partes” (A Solução de Demandas Previdenciárias nos Juizados Especiais Federais por meio da Conciliação. In: SERAU, Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). *Juizados Especiais Federais: Reflexões nos Dez Anos de Sua Instalação*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 217).

¹⁵⁹ Por isso, defende-se que mesmo o artigo 447 do Código de Processo Civil de 1973 não trazia um limite objetivo para a conciliação, ao dispor: “Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”. De todo modo, felizmente não houve a repetição do teor desse dispositivo no Novo Código de Processo Civil.

¹⁶⁰ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 294.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 288-292.

A *indisponibilidade material* indica “a proibição de modificação da titularidade originária do bem jurídico”.¹⁶² De fato, há bens que são indisponíveis por sua própria natureza ou por força de especial proteção jurídica. São os casos de bens coletivos como o meio ambiente ou de direitos que, embora titularizados por sujeitos específicos, não se submetem à vontade de seu titular para fins de disposição, como é o caso dos direitos da personalidade. A regra, de todo modo, é a disponibilidade, ou seja, a possibilidade de modificação da titularidade.

Por sua vez, a *indisponibilidade normativa* refere-se à qualificação das normas jurídicas, relacionando-se à distinção entre normas cogentes e dispositivas. Há indisponibilidade, nesse segundo sentido, na necessidade de comunicação imediata da prisão de uma pessoa a um juiz competente. Ainda que o detido autorize, não se pode dispor de tal comunicação.

A partir dessas explicações, nota-se que o interesse público, por si só, não é indisponível em qualquer uma das modalidades acima. A preservação do interesse público, em muitas situações, pode justamente depender da transferência da titularidade dos bens do Estado (como, por exemplo, na venda de bens públicos após a desafetação). Além disso, a norma jurídica pode ser dispositiva (e portanto disponível), justamente para preservar o interesse público. O que existe, então, não é propriamente o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas sim uma vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, ou, conforme expressão de Carlos Alberto de Salles,¹⁶³ uma *vinculação ao interesse público*.

Desse modo, bens públicos são vinculados ao interesse público, o que não significa que não possam ser objeto de atos de disposição. A regra é que haja uma *disponibilidade condicionada*, podendo haver disposição, desde que respeitados as condicionantes materiais e processuais decorrentes do próprio regime de direito público em que inserido o bem.¹⁶⁴

¹⁶² *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 289.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 293.

¹⁶⁴ Em sentido análogo, Eduardo Talamini afirma: “A indisponibilidade do interesse público é decorrência direta do princípio constitucional republicano: se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular. (...) Mais ainda: existem valores, atividades e bens públicos que, por sua imprescindibilidade para que o Estado exista e atue, são irrenunciáveis e inalienáveis. Vale dizer, no que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição. (...) Mas essa afirmação comporta gradações. (...) Existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados ou alienados, ainda que mediante alguma contrapartida e nem mesmo com expressa autorização legal. Por exemplo, não se concebe que sequer por meio de lei o Poder Público possa renunciar, ainda que parcial ou pontualmente, ao seu poder de legislar ou à titularidade do

Logo, para traçar os limites da disposição de um benefício buscado em face do INSS, é necessário investigar a legislação aplicável e a própria natureza da prestação, de modo a observar se existe indisponibilidade normativa ou material. Em caso negativo, resta analisar quais as condicionantes necessárias para que eventual ato de disposição esteja vinculado ao interesse público.

2.1.1. A ausência de indisponibilidade normativa

Em princípio, a partir do momento em que o legislador previu a possibilidade de conciliação em demandas que envolvam pedidos de prestações previdenciárias em face do INSS (artigo 132 da Lei nº 8.213/91 e artigo 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01), ponderou acerca dos interesses envolvidos e optou pela possibilidade da utilização desse mecanismo de solução de controvérsias, entendendo que tal opção seria condizente com o interesse público.¹⁶⁵

No entanto, não se pode ignorar que apenas existe autorização expressa para conciliação de benefício assistencial da Lei nº 8.742/93 (LOAS) nos casos abrangidos pelo Juizado Especial Federal.¹⁶⁶ Todavia, para causas acima de 60 salários mínimos, não se mostra possível aplicar o artigo 132 da Lei nº 8.213/91, limitado que é a situações envolvendo benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Portanto, inexistente previsão legal expressa para conciliação em conflitos que envolvam pedidos de benefícios assistenciais da LOAS, cujos valores sejam superiores a 60 salários mínimos.¹⁶⁷

poder de polícia. Do mesmo modo, não se admite que o Poder Público possa desfazer-se de uma parte do território nacional, ainda que autorizado por lei.(...) Já em outros casos, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal” (A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, número 128, out.2005, p. 60).

¹⁶⁵ Em raciocínio semelhante, Carlos Alberto de Salles entende que a objeção contrária à arbitragem com o Poder Público “resta prejudicada naquelas modalidades contratuais nas quais o legislador autoriza à administração utilizar esse mecanismo. Nesses casos, o cabimento da arbitragem se extrai do próprio permissivo legal, que permite supor o prévio posicionamento do legislador a propósito da natureza dos bens e valores envolvidos, bem como da conveniência do mecanismo arbitral nessa área específica” (*Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 287).

¹⁶⁶ De fato, na Lei nº 10.259/10, em seu artigo 10, parágrafo único, não há distinção e, no artigo 3º, não se exclui a causa em que se pleiteia benefício assistencial da competência do JEF.

¹⁶⁷ Pelo que se tem conhecimento, existe apenas ato infralegal que permite a celebração de acordos relativo ao benefício assistencial da LOAS, qual seja, a Instrução Normativa AGU nº 04, de 17 de novembro de 2014.

Considerando que o benefício assistencial também integra o estudo do conflito previdenciário,¹⁶⁸ caberia indagar, então, se as conciliações com o INSS estariam limitadas aos casos expressamente previstos em lei ou se, em sentido inverso, bastaria ausência de vedação legal. Defende-se que bastaria a ausência de vedação legal, a partir da inserção do debate no contexto mais amplo da tendência atual do direito administrativo em se valer de bases consensuais.

Juli Ponce Solé¹⁶⁹ ressalta que, nos anos 90 do século XX, o paradigma de legitimação volta a mudar, surgindo especialmente na Europa um consenso de que a legitimidade da atuação pública se funda na qualidade de interação entre os diferentes níveis de governo, e entre esses e as organizações sociais e a sociedade civil. No contexto de crescente complexidade e fragmentação, o foco se move para um paradigma em construção que traz uma forma de governar mais cooperativa, em que instituições públicas e privadas, atores públicos e privados participam e cooperam na formulação e na aplicação das políticas públicas, em uma atuação em rede. De decisões unilaterais há uma transição para fórmulas baseadas na persuasão e na negociação; de uma direção hierárquica para fórmulas baseadas na coordenação e na cooperação.

É sabido que a Administração Pública sempre se valeu de formas consensuais, como quando realiza contratações com os particulares para compra de bens ou realização de serviços. O ponto de transformação reside em inserir a consensualidade em campos antes ocupados pela imperatividade. Conforme Gustavo Justino de Oliveira,¹⁷⁰ fala-se, assim, em Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária e, mais recentemente, Administração consensual.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ressaltou-se no capítulo anterior que tal inserção do benefício assistencial no estudo do conflito previdenciário se justifica na medida em que os traços gerais da pretensão são muito próximos dos demais casos em face do INSS: há a autarquia federal no pólo passivo e uma presumida situação de hipossuficiência do indivíduo requerente. Vide Capítulo 1, item 1.3, *supra*.

¹⁶⁹ Procedimiento administrativo, globalización y buena administración. In: PONCE SOLÉ, Juli (Coord.). *Derecho Administrativo Global: organización, procedimiento, control judicial*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, Inap, 2010, p. 96.

¹⁷⁰ *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

¹⁷¹ Em sentido idêntico, Pedro Gonçalves (*Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 270-277) refere-se à existência de consenso no direito público e autoridade no direito privado, restando superada a divisão entre direito privado e direito da Administração Pública. Referido autor retoma ainda a tese de que a novidade não reside no consenso, mas sim na utilização de modelos de atuação consensual e contratual em áreas da administração de autoridade e da decisão unilateral. Desse modo, afirma: “Tais modelos novos, ora substituem a decisão unilateral na regulação das relações entre Administração Pública e particulares, ora aparecem integrados no próprio ciclo de formação da decisão, fixando o respectivo conteúdo ou estimulando a aceitação do que nela se estatui; além disso, o consenso é, com frequência, a via usada para evitar uma decisão unilateral provável ou para definir por antecipação o sentido de uma decisão futura” (*Entidades privadas com poderes públicos*, cit. p. 272).

A base consensual, que permite uma maior participação do administrado na construção da decisão administrativa, é o sustentáculo para a conciliação com o Poder Público. Essa forma de participação legitima a prática: o interesse público é aquele que considera os interesses do particular, sendo construído em bases cooperativas com o próprio particular. Assim, o contexto mais amplo de consensualismo indica também que a solução concertada entre administração e administrado é a que melhor se harmoniza com a realidade atual.

Nesse ambiente de consensualismo, não é a previsão legal que justifica e limita a conciliação. A previsão legal apenas consagra uma atuação consensual que deve existir entre Administração e administrado.

Em outros termos, a previsão legal faz com que a disponibilidade condicionada seja evidente, na medida em que se pressupõe que houve uma ponderação pelo legislador quanto ao interesse público envolvido. Só que essa previsão legal é decorrente da ponderação e não posterior à previsão legal. Ponderando qual opção que melhor preservasse o interesse público, escolheu-se admitir a conciliação. O conteúdo do interesse público pode ser concretizado tanto por lei como a partir do caso concreto. Assim, a previsão legal, ainda que útil para tornar incontestável a possibilidade de conciliação, não se mostra imprescindível. A possibilidade de conciliação com o INSS decorre antes da concretização do interesse público do que de previsão legal.

Ressalte-se também que na conciliação, diversamente da arbitragem, não se trata de conferir a decisão para um terceiro. É por isso que se entende que a exigência de autorização legal exista na arbitragem envolvendo o Poder Público, mas não na conciliação, em que o poder decisório continua com a Administração. De fato, se o INSS deve corrigir atos ilegais, nada impede que essa sua decisão seja intermediada por um terceiro e feita a partir de tratativas com o próprio administrativo. Isso decorre da própria consensualidade que se acha envolvido o direito administrativo atual.

Desse modo, ainda que ausente previsão legal expressa, não há que se falar em indisponibilidade normativa no caso das prestações que são objeto de conciliação com o INSS.

2.1.2. A ausência de indisponibilidade material

Da mesma forma, não se está diante de uma situação de *indisponibilidade material*, dada a própria natureza da prestação que se busca em face do INSS.

Um paralelo interessante pode ser estabelecido a partir da análise acerca da possibilidade do uso da arbitragem em face do Poder Público. Isso porque o artigo 1º da Lei nº 9.307/96 estabelece que: “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Desse modo, a disponibilidade é inserida dentro da própria ideia de arbitrabilidade, sob o viés objetivo, e, assim, a arbitragem com o Poder Público restaria condicionada aos casos de direito patrimonial disponível, o que, todavia, não significa que nunca possa existir. Afinal, vinculação ao interesse público não se confunde com indisponibilidade irrestrita.

Analizando os casos em que é possível a arbitragem com o Poder Público, a doutrina segue a tendência de admiti-la quando o Estado atua sob o regime de direito privado. Nota-se ainda o emprego muitas vezes esquemático da distinção entre o interesse público primário e secundário, com possibilidade de uso da arbitragem apenas no caso de interesse público secundário.¹⁷² Em interpretação inversa, maior dificuldade é admitir seu emprego nos casos em que haja regime de direito público estrito e em que o interesse público dito primário prepondera.

O mesmo raciocínio poderia ser transposto para a conciliação com o Poder Público, não havendo maiores questionamentos quanto a sua aplicação a casos em que se está diante de um regime de direito privado. Exemplos típicos na Justiça Federal seriam os contratos bancários firmados com a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal que exerce atividade econômica e é equiparada ao regime de instituições financeiras particulares, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal.

Ocorre que as situações nem sempre são evidentes, pois não há uma separação rígida entre interesse público primário e secundário. Como salienta Carlos Alberto de

¹⁷² Dessa forma, por exemplo, Selma Ferreira Lemes divide o interesse público em originário ou primário e interesse público derivado ou secundário. No primeiro caso, o Poder Público agiria como órgão governativo do Estado, no desempenho de suas funções política e legislativa; tal interesse seria relacionado com as atividades-fim do Estado e seria indisponível. No segundo caso, a Administração adotaria e operacionalizaria as diretrizes dos órgãos governativos; esse interesse remeteria às atividades-meio do Estado e seria disponível, estando relacionado com a “zona de influência da arbitragem”. Em síntese, a autora associa a possibilidade do uso da arbitragem a interesses públicos secundários do Estado, que são de natureza patrimonial e nos quais não haveria a indisponibilidade ou em que esta seria mitigada. No caso de interesses públicos primários, a arbitragem seria vedada, por se tratar de atos de império relacionados a interesses públicos indisponíveis (*Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 130-137). No mesmo sentido, Luis Fernando Guerreiro admite a arbitragem nos casos de atividade pública com cunho privado ou econômico. Ele retoma a distinção entre interesse público primário e secundário, associando a possibilidade da arbitragem ao segundo caso. Além disso, fazendo referência a Eros Grau, adota a fórmula de que sempre que puder contratar a administração poderá utilizar a arbitragem (*Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108-110).

Salles:¹⁷³ “A distinção, de fato, não resolve o problema, pois não há como negar a instrumentalidade dos chamados interesses secundários em relação aos primários, impedindo, na prática, uma clara delimitação entre as duas espécies de interesse”.

Essa ausência de delimitação é sentida no caso das prestações fornecidas ou administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Logo de imediato, percebe-se que não se está diante de um empréstimo bancário ou de um título de previdência privada. A distinção entre interesse público primário e secundário, muitas vezes tida por estanque, não se sustenta, mesmo porque inexistente um interesse público de economizar pelo não pagamento de benefícios que seriam devidos.

Tratando da natureza da prestação previdenciária, o entendimento corrente é no sentido de que se está diante de um direito social fundamental,¹⁷⁴ sendo essa uma premissa que deve ser considerada ao se analisar as possibilidades de conciliação com o INSS. De fato, uma associação direta entre direitos fundamentais e irrenunciabilidade faz com que autores afirmem a impossibilidade de se renunciar a um benefício previdenciário ou assistencial. Flávio Roberto Batista,¹⁷⁵ por exemplo, defende que haveria violação ao caráter irrenunciável dos direitos e garantias fundamentais nos casos em que não haja verdadeira transação, mas mera renúncia por parte do particular.¹⁷⁶

No entanto, se levado ao extremo, o posicionamento de que não é possível renunciar ao benefício implicaria a exigência do deferimento de benefícios previdenciários sem provocação do particular tão logo preenchidos os requisitos para tanto. É sabido, todavia, que o segurado pode optar pelo momento de requerer a prestação previdenciária, podendo, inclusive, optar por não a requerer em momento algum. Sua motivação para não pleitear o benefício nem sequer é levada em consideração, abrangendo situações de desinformação (e que merecem ser combatidos pela expansão da educação previdenciária), casos em que se pretende uma vantagem futura (quando, por exemplo, escolhe-se contribuir por mais alguns anos para que haja aumento da alíquota da aposentadoria por idade), até circunstâncias em que, simplesmente por liberalidade, não se quer o benefício.

¹⁷³ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, 2011, p. 125, nota 33.

¹⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, SERAU Jr., Marco Aurélio. *Curso de Processo Judicial Previdenciário*, cit. especialmente p. 100-113.

¹⁷⁵ Questões problemáticas sobre a transação com o INSS nos Juizados Especiais Federais..., cit. p. 110.

¹⁷⁶ Essa linha de raciocínio aparentemente seria corroborada ainda pelo disposto no artigo 114 da Lei nº 8.213/91, segundo o qual: “Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou sequestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessação, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento”.

A última hipótese pode soar absurda, mas evidencia um ponto chave: o particular não é obrigado a receber determinada prestação do INSS, podendo imotivadamente recusá-la.

Giovani Bigolin¹⁷⁷ defende que o benefício previdenciário possui “uma posição jurídico-subjetiva patrimonial de natureza pública, de cunho disponível”, estando abrangido na garantia fundamental da propriedade. Por isso, a proteção constitucional não retira a liberdade do particular em decidir acerca de seus benefícios previdenciários. Conforme o autor:¹⁷⁸

(...) a equivalência entre a posição jurídico-prestacional social com a função da propriedade parte da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular. Com efeito, deve ser assegurado aos beneficiários das prestações previdenciárias (titulares de direitos disponíveis) um espaço de liberdade na esfera patrimonial, de tal sorte que possam formatar de maneira autônoma sua existência.

Admite-se que falar em natureza patrimonial apenas para o particular, mas não para o Estado, representaria conferir uma natureza dúplice a um instituto único, sendo mais adequado firmar a natureza de direito fundamental da prestação previdenciária. No entanto, não se trata de direito fundamental indisponível, mas sujeito a uma disponibilidade condicionada, que permite a disposição pelo particular e pelo Estado, desde que dentro de certos limites.

Tal conclusão indica a ausência de indisponibilidade material do benefício e, ao mesmo tempo, antecipa o debate acerca dos requisitos exigidos para que eventual ato de disposição esteja de acordo com o interesse público.

2.2. A disponibilidade condicionada e a vinculação ao interesse público

Estando a indisponibilidade normativa e a indisponibilidade material ausentes, tem-se que a prestação exigida em face do INSS, ainda que possua natureza de direito social fundamental, insere-se na regra geral de disponibilidade condicionada. Assim sendo, de

¹⁷⁷ O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários. In: ROCHA, Daniel Machado da (org.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54-56.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 56.

modo a respeitar a vinculação ao interesse público, mostra-se necessário indagar quais são as condicionantes para a disposição.

Sobretudo no estudo da conciliação de conflitos previdenciários, defende-se que a questão deve ser analisada sob um enfoque duplo, sendo pertinente verificar quais são os limites do particular em dispor de um benefício e quais são os limites do INSS para que seja possível recusar-se a fornecê-lo no todo ou em parte.

2.2.1. Condicionantes impostas ao indivíduo

Como salientado, o indivíduo não é obrigado a receber determinada prestação do INSS assim que preenchidos os requisitos, podendo optar pelo momento que reputa mais adequado ou, simplesmente, abdicar de qualquer prestação. Esse, por exemplo, é um dos argumentos favoráveis à *desaposentação*, ou seja, à renúncia de uma aposentadoria que se vem recebendo para que seja obtido um novo benefício. Como o segurado pode optar pelo momento de se aposentar, nada impediria que exercesse a faculdade de renunciar ao benefício antes concedido para que possa beneficiar-se de outro.¹⁷⁹

No entanto, a liberdade do indivíduo não é absoluta, devendo ser respeitados limites decorrentes do regime de direito público. Carlos Alberto de Salles¹⁸⁰ observa que, mesmo no caso de indisponibilidade de bens, a possibilidade ou não de transação está ligada à afetação dos interesses envolvidos: se ligados a sujeitos determinados, sem repercussão de caráter geral, resta possível a transação; se envolver interesses gerais, transcendendo um sujeito determinado ainda que por via indireta (como na interdição), seria inviável a transação, ressalvando-se o caso da legitimação extraordinária, que permite a realização de acordos em Ação Civil Pública (artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85).¹⁸¹

¹⁷⁹ Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado do trecho da seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL DE JURISPRUDÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. MATÉRIA PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. 1. A Primeira Seção, sob o regime do art. 543-C, do CPC e da Resolução STJ 8/2008, estabeleceu que ‘os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento’ (REsp 1.334.488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14.5.2013).(...) (AgRg na Pet 7.691/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2014, DJe 14/10/2014)”

¹⁸⁰ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 94-95.

¹⁸¹ Carlos Alberto de Salles sintetiza seu pensamento sobre a matéria nos seguintes termos: “Em suma, em primeiro lugar, é preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido dessa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza

Partindo dessa linha de raciocínio, nota-se que a prestação previdenciária, embora qualificada como direito social fundamental, é relacionada a um sujeito determinado e, por isso, passível, em princípio, de transação. Todavia, a disponibilidade sobre a prestação está limitada à inexistência de afronta a um interesse de caráter geral, ou seja, que transcenda um sujeito determinado ainda que por via indireta. Assim sendo, a disposição pelo particular não pode representar uma ofensa à ordem pública.

Não se pode, por exemplo, alterar as características ínsitas ao próprio benefício previsto em normas constitucionais ou legais. Desse modo, o indivíduo pode optar pelo melhor momento de requerer a prestação previdenciária, o momento em que pretende interrompê-la e, nesse contexto, o montante que pretende renunciar. Descabe, porém, renunciar ao décimo terceiro previsto para determinada aposentadoria, alterar a alíquota da renda mensal inicial do benefício, sujeitar-se à implantação de benefício que substitua o rendimento do trabalho em valor inferior ao salário mínimo, excluir dependentes que legalmente estão elencados no artigo 16 da Lei nº 8.213/91 para fins de recebimento de pensão por morte, entre outros casos. Fica evidente ainda que não se pode cometer um ato de disposição manifestamente ilícito ou inconstitucional, como, por exemplo, autorizar a manutenção do segurado detido em tempo maior que a pena para fins de continuidade do recebimento de auxílio-reclusão, ou concordar submeter-se a tratamento experimental extremamente arriscado como condição para recebimento de auxílio-doença.

Admite-se que podem surgir situações em que haverá dúvida quanto à transcendência ou não em relação a um sujeito determinado e, assim, quanto à ofensa à ordem pública. Essa dificuldade, porém, em vez de impedir o estabelecimento de qualquer parâmetro exige antes formas diferenciadas na construção do consenso e um controle mais criterioso na análise do ato de disposição.¹⁸²

Portanto, os limites de disposição da prestação previdenciária ou assistencial pelo indivíduo decorrem da inexistência de ofensa à ordem pública, no sentido de ausência de repercussão de caráter geral.

de determinados bens. No tocante a essa última, é preciso distinguir aquelas situações em que a indisponibilidade gera a impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar. Como dito, essa diferença decorre do regime de afetação do bem indisponível, se exclusiva de um titular direto ou se pertinente, também, a um interesse geral” (*Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 95).

¹⁸² É por isso que, no caso da conciliação de conflitos previdenciários, reputa-se de suma importância uma análise apurada quando da homologação do acordo. Sobre o tema, vide o Capítulo 5, especialmente item 5.3.1, *infra*.

2.2.2. Condicionantes impostas ao INSS

Por sua vez, as condicionantes impostas ao INSS decorrem de seu enquadramento como entidade de direito público. Assim sendo, como parte da Administração Pública, deve zelar para que não sejam perpetuadas situações de ilegalidade, cabendo para tanto o exercício do poder de autotutela. Dessa forma, se os parâmetros legais para a concessão de determinado benefício forem preenchidos, o INSS não possui alternativa senão concedê-lo tal como devido sem exigir a renúncia de atrasados.

Para ilustrar melhor essa ideia, cabe mencionar o julgamento do Recurso Extraordinário 253.885, realizado em 04 de junho de 2002, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu possível a transação com o Poder Público.¹⁸³

Pelo que se depreende do voto da relatora Ministra Ellen Gracie, no caso houve a celebração de acordo envolvendo o Município de Santa Rita do Sapucaí e servidoras públicas municipais sem lei autorizativa da transação. O STF, confirmando o acórdão recorrido, admitiu a solução adotada. Do voto condutor destaca-se o argumento de que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação desse interesse”.¹⁸⁴

Há ainda referências ao acórdão de origem, em que foram enumerados os seguintes entendimentos: a) não há necessidade de autorização administrativa para formalização de transação nos casos em que não há renúncia de direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias para o Município; b) no caso não haveria onerosidade ou gravame patrimonial ao Município, na medida em que se estaria diante de mero ressarcimento decorrente de sua responsabilidade administrativa, qual seja, pagamento de salário indevidamente retido; c) trata-se de aplicação do princípio da autotutela estatal,

¹⁸³ O acórdão restou ementado da seguinte forma: “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)”.

¹⁸⁴ É interessante observar que o voto condutor faz menção expressa ao famoso “Caso Lage” (Agravado de Instrumento nº 52.181, Rel. Ministro Bilac Pinto, Pleno, j. 14/11/1973), em que o STF admitiu o uso de arbitragem para causa envolvendo o Poder Público.

pelo qual a administração pode anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos por seus próprios meios.¹⁸⁵

Traçando um paralelo, nota-se que também no caso de prestações devidas pelo INSS não se está diante de uma despesa extraordinária, mas sim de mero ressarcimento decorrente de uma responsabilidade administrativa. Além disso, uma prestação previdenciária ou assistencial é normalmente substitutiva da remuneração, o que permite uma aproximação entre tais prestações e os proventos recebidos pelos servidores públicos. Trata-se ainda da correção de um ato (o indeferimento de benefício) que se viu ilegal, que independe de autorização legal, por ser simples decorrência da autotutela administrativa.¹⁸⁶

Conforme Eduardo Talamini assinala,¹⁸⁷ tal atuação nada mais é que o respeito aos princípios da legalidade e da moralidade. É dever da Administração “cumprir direitos alheios ou abdicar de pretensões infundadas quando constata que não tem razão”.

Em síntese, o INSS é obrigado a conceder o benefício desde que patente o preenchimento dos requisitos legais para tanto, nisso consistindo a condicionante para seus atos de disposição. A análise do preenchimento de tais requisitos, inclusive, pode ser feita em conjunto com o particular, sendo a transação reservada para os casos em que subsista incerteza. É o que será detalhado a seguir.

2.3. Para além da transação de direito indubitável

Dessa forma, entende-se que os limites da conciliação de conflitos previdenciários são estabelecidos pelas condicionantes impostas ao indivíduo e ao INSS no tocante à disposição do benefício em questão. O particular pode dispor do benefício que lhe seria devido, desde que isso não ofenda interesses gerais identificados com a ordem pública, o que indica que, em princípio, pode renunciar à parte das parcelas da prestação em atraso.¹⁸⁸ Por sua vez, o INSS pode apresentar proposta de acordo com desconto nos valores a serem pagos, desde que isso não represente pagamento menor de um benefício que seria

¹⁸⁵ Embora tenha sido esse o argumento usado pelo acórdão, é importante destacar o entendimento de que não há faculdade para anulação de um ato ilegal, tratando-se de um dever da Administração decorrente da autotutela. A escolha somente é possível em relação a atos inconvenientes e inoportunos.

¹⁸⁶ Como destaca Eduardo Talamini, como regra, não há nem sequer necessidade de ingresso em juízo nas relações de direito público. Como exemplos, cita os deveres da Administração: indenizar os prejuízos indevidamente causados ao particular; anular os seus próprios atos ilegítimos praticados em detrimento da esfera jurídica de particulares (art. 53 c/c art. 55, da Lei nº 9.784/99); e recompor os contratos administrativos, inclusive quando a equação econômico-financeira estiver desequilibrada em desfavor do particular contratado (A (in)disponibilidade do interesse público ..., cit. p. 61-62).

¹⁸⁷ Ibid., p. 60-61.

¹⁸⁸ De todo modo, essa renúncia deve ser baseada em uma decisão informada, como é analisado no capítulo seguinte.

inegavelmente devido por conta do preenchimento de todos os requisitos legais. Assim sendo, os acordos podem ser realizados em uma área de intersecção que vai muito além dos casos em que o INSS com certeza irá perder, ou seja, em que inexiste controvérsia e o direito é indubitável.

A despeito da existência de entendimentos em sentido contrário,¹⁸⁹ entende-se que essa interpretação é permitida pela análise das normas aplicáveis à matéria.

De fato, a Constituição Federal prevê, no artigo 98, a possibilidade de conciliação nos Juizados Especiais. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 62/2009 incluiu o inciso III do §8º do artigo 97 do ADCT, referindo-se à câmara de conciliação relacionada a pagamento de precatórios.¹⁹⁰ Em ambos os casos, o que se nota é que existe apenas a autorização constitucional para a conciliação, sem que haja maior especificação de como deve ser concretizada a adoção desse mecanismo.

Em relação às normas legais, reitere-se a admissão expressa pelos artigos 132 da Lei nº 8.213/91 e parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 10.259/01. Nesses dois dispositivos, não há qualquer menção no sentido de que apenas no caso de direito indubitável da parte é que pode existir conciliação. Cabe referir ainda que, no artigo 131 da Lei nº 8.213/91, nas diversas redações ao longo do tempo,¹⁹¹ sempre se utilizou do critério

¹⁸⁹ Nesse sentido, por exemplo, Flávio Roberto Batista reputa que as normas constitucionais e legais também indicam que as transações somente podem ser realizadas pelo Poder Público quando o direito da parte contrária for indubitável, ressaltando a impossibilidade de o procurador federal ir além desses limites. Nas palavras de Batista: “Perceba-se que não se trata aqui, evidentemente, de uma crítica à atuação dos advogados públicos federais, que infelizmente não foram dotados de autonomia funcional pelo texto constitucional. O advogado público federal vê-se simplesmente proibido de propor uma transação antes de concluída a instrução probatória, ainda pendente a dúvida sobre os fatos do processo, por exemplo, sob pena de violar normas editadas por seus superiores hierárquicos e praticar com isso infração disciplinar. E nem se diga que a lei o autoriza a tanto sem quaisquer limites, pois, como já vimos, o limite à ampla possibilidade de transação conferida pela lei encontra-se em princípios constitucionais meramente especificados pelas portarias da AGU” (Questões problemáticas sobre a transação com o INSS nos Juizados Especiais Federais ..., cit. p. 101-102).

¹⁹⁰ Antes da Emenda nº 24/99, havia ainda menção a Juntas de Conciliação e Julgamento na Justiça do Trabalho.

¹⁹¹ A redação originária desse dispositivo era a seguinte: “Art. 131. A autoridade previdenciária poderá **formalizar desistência ou abster-se de recorrer** nos processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual Tribunal Federal houver expedido Súmula de Jurisprudência favorável aos beneficiários” (g.n.). Após, pela redação dada pela Lei nº 8.620/93, o dispositivo passou a ser redigido assim: “Art. 131 O INSS poderá **formalizar desistência ou abster-se de recorrer** nos processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual o Tribunal Federal houver expedido Súmula de Jurisprudência favorável aos beneficiários” (g.n.). Por fim, em sua redação atual, conferida pela Lei nº 9.528/97, tem-se: “Art. 131. O Ministro da Previdência e Assistência Social poderá autorizar o INSS a **formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais** sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores. Parágrafo único. O Ministro da Previdência e Assistência Social disciplinará as hipóteses em que a administração previdenciária federal, relativamente aos créditos previdenciários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa: a) abster-se de constituir-los; b) retificar o seu valor ou declará-los

de ausência de controvérsia para se autorizar somente a desistência de recurso ou a abstenção de ação ou recurso. No caso da conciliação em geral, não há tal limitação, sendo a expressão “transigência” utilizada apenas no artigo 132 do mesmo diploma legal.¹⁹²

extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; c) formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais” (g.n.).

¹⁹² Mesmo a interpretação das duas principais normas administrativas que regem a conciliação com o INSS, isto é, as Portarias da Advocacia-Geral da União nº 109/07 e da Procuradoria-Geral Federal nº 915/09, permite vislumbrar possibilidades de acordo para além das concessões recíprocas em casos de direito indubitável. A Portaria nº 109/07 da Advocacia-Geral da União trata da atuação dos órgãos da AGU nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais. Por sua vez, a Portaria nº 915/09 da Procuradoria-Geral Federal autoriza a realização de acordos no âmbito da PGF, estabelece limites de valor e dá outras providências. Como os procuradores federais que representam o INSS são vinculados à PGF, que, por sua vez, faz parte da AGU, sua atuação em juízo pauta-se tanto por uma portaria como pela outra. De fato, o Manual de Conciliação da PGF refere-se conjuntamente a tais atos normativos, salientando que os requisitos formais para celebração de acordos estão na Portaria PGF nº 915, de 2009, e os requisitos materiais na Portaria AGU nº 109, de 2007 (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal, cit. p. 12). Assim sendo, insta mencionar que a Portaria nº 109/07 da AGU autoriza os representantes judiciais da União e das autarquias e fundações em exercício nos órgãos que enumera, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a “*transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido*” (artigo 2º). Os delineamentos objetivos dos casos em que se permite a realização de acordo são trazidos no artigo 3º: “*Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando: I - houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e II - inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado. § 1º A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer das situações. § 2º Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, observado o disposto no art. 260 do Código de Processo Civil. § 3º Não serão objeto de acordo: I - as hipóteses em que se discute penalidade aplicada a servidor; II - os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado; e III - o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73, de 1993 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão. § 4º Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial. § 5º Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, o advogado ou procurador poderá solicitar ao juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário”*. Dessa maneira, para que exista transação ou a não interposição ou desistência de recurso, é necessário que: haja erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou pelo procurador que atua no feito (inciso I); ou inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado (inciso II). Acrescente-se ainda que, além de duas hipóteses específicas (penalidade aplicada a servidor e dano moral, conforme incisos I e II do §3º), nega-se a possibilidade de acordo, em termos genéricos, quando o litígio estiver fundamentado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado de Súmula da AGU (inciso III). Já a Portaria da Procuradoria-Geral Federal nº 915/09 amplia a possibilidade de realização de transação ou acordos judiciais aos ritos ordinários e outros ritos especiais, acrescentando que poderão ser realizados acordos com a finalidade de dar efetividade às Súmulas da AGU (§1º do artigo 2º). Estabelece ainda a impossibilidade de transação ou acordo quando o litígio estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal ou parecer ou orientação dos órgãos administrativos que especifica (§4º do artigo 2º). Além disso, possibilita a não propositura e a desistência das ações, bem como a não interposição e desistência de recursos nos casos em que haja Súmula Vinculante do STF ou Súmula da AGU (artigo 4º). Para os fins do presente trabalho, cabe a transcrição dos artigos 2º e 4º da Portaria PGF nº 915/09: “*Art. 2º A transação ou acordo judicial*

De todo modo, a partir do aprofundamento da ideia de ausência de controvérsia – ou seja, da existência de uma certeza em contraposição a uma incerteza – e partindo da distinção entre matéria de fato e de direito, acredita-se ser possível tornar mais tangível a percepção do espaço existente para o desenvolvimento das conciliações previdenciárias.

2.4. O espaço a ser explorado

A partir do que foi desenvolvido no decorrer deste capítulo, é possível estabelecer alguns parâmetros acerca do espaço existente para se desenvolverem as conciliações de

deverá observar, inclusive nos processos que tramitam sob o rito ordinário ou outros ritos especiais, as condições estabelecidas nos incisos I e II do caput, bem como nos §§ 1º, 3º e 5º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 30 de janeiro de 2007, aplicando-se o seu inteiro teor nos Juizados Especiais Federais. § 1º Poderão ser realizados acordos com a finalidade de dar efetividade às Súmulas da Advocacia-Geral da União, notadamente quando a discussão de questões acessórias impeça a extinção dos processos. § 2º Para os fins do disposto no § 1º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 2007, e em relação à atividade fim das entidades, consideram-se órgãos consultivos competentes para decidir sobre a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado os órgãos centrais das Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais. § 3º A existência de ato normativo da autarquia ou fundação pública federal que regule o exercício de direito no âmbito administrativo, cuja edição tenha sido precedida de análise jurídica de seu órgão consultivo competente, supre a necessidade de manifestação expressa deste em relação ao mesmo direito que seja objeto de litígio judicial § 4º Além do disposto no § 3º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 2007, não será objeto de transação ou acordo o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, bem como parecer ou qualquer outra orientação proveniente das Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais, das Adjuntorias da Procuradoria-Geral Federal ou da Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos contrários à pretensão. § 5º As transações ou acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial. (...) Art. 4º. Nas ações que tenham por objeto matéria com entendimento pacificado em Súmula com efeito vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal ou Súmula da Advocacia Geral da União, ficam autorizadas, para lhes garantir eficácia, a não propositura e a desistência das ações, bem como a não interposição e a desistência dos recursos judiciais já interpostos, mesmo que os referidos entendimentos contrariem a pretensão formulada nos autos judiciais pelas autarquias e fundações públicas federais.” Nesse contexto, as normas administrativas admitem a possibilidade de conciliação nas seguintes hipóteses: a) erro administrativo; b) ausência de controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado; c) em cumprimento, ou para dar efetividade, a uma Súmula ou Orientação Normativa do Advogado-Geral da União. A rigor, a primeira hipótese decorre do posterior reconhecimento pelo INSS de ausência de divergência entre sua interpretação e a dada pelo requerente. Por sua vez, a terceira hipótese representa entendimento solidificado no âmbito da Administração Pública, ou seja, também ausência de controvérsia. Desse modo, todas as situações se limitam à ausência de controvérsia fática e jurídica. Reitere-se, porém, que o artigo 3º da Portaria AGU nº 109/2007 permite tanto a transação como a não interposição ou desistência de recurso no caso de erro administrativo ou ausência de controvérsia quanto ao fato e ao direito. Por sua vez, o artigo 4º da Portaria PGF nº 915/09 possibilita a não propositura e a desistência das ações, bem como a não interposição e desistência de recursos nos casos em que haja Súmula Vinculante do STF ou Súmula da AGU. No entendimento adotado, desistência da ação, desistência de recurso ou renúncia ao recurso interposto são todos casos de conciliação, sob o enfoque do resultado. Tanto na desistência da ação como no de recurso haverá uma aceitação do direito da outra parte, havendo, então, similitude com o caso em que o réu reconhece o pedido da parte contrária. Isso justifica a possibilidade de haver reconhecimento do pedido pelo INSS nas mesmas hipóteses em que os atos infraleais preveem a transação. Dessa forma, a própria interpretação dos atos normativos permite que a conciliação com o INSS desenvolva-se além da transação de direito indubitável. Em outros termos, mesmo as normas infraleais não exigem que somente haja conciliação sob a forma de concessões recíprocas (transação), admitindo-se também formas que indicam o reconhecimento jurídico do pedido.

conflitos previdenciários. Para tanto, reputa-se útil trabalhar com dois binômios: i) o da incerteza e da certeza do direito aplicável; e ii) o da matéria de fato e da matéria de direito.

2.4.1. Certeza e incerteza do direito aplicável

Ao tratar da conciliação com o Poder Público, Claudio Penedo Madureira¹⁹³ admite duas possibilidades: a) o autor da ação ou o cidadão que apresenta um requerimento perante a Administração Pública tem razão, ou seja, o Direito assegura a fruição de seu direito subjetivo; b) considerados os custos e os benefícios, a demanda não “vale a pena”.

No que se refere à primeira hipótese, o autor destaca que descabem concessões mútuas, uma vez que existe o dever de se assegurar a fruição do direito ao particular tal como seria devido caso não houvesse o equívoco da Administração. Ressalta que inexistente autonomia de vontade por parte do poder público, devendo ser respeitado o interesse público. Por isso, tal situação apenas admitiria a composição do litígio, mas não a transação.¹⁹⁴

Assim, somente na segunda hipótese é que seria possível a transação, ou seja, quando ainda paira dúvida quanto à existência ou não do direito do administrado, mas a discussão se mostra pouco vantajosa se ponderados os custos e benefícios do encerramento do processo pela transação.

De fato, no primeiro caso inexistente controvérsia, pois o próprio poder público reconheceu a irregularidade do ato administrativo inicial. Desse modo, em decorrência do dever de autotutela, cabe a correção do ato tido por ilegal.

No caso das conciliações de conflitos previdenciários, os representantes judiciais do INSS possuem uma espécie de procuração para conciliar, transigir ou desistir em nome

¹⁹³ Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo-FA*. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.126, ago.2011, passim.

¹⁹⁴ Nas palavras de Claudio Penedo Madureira: “Não há espaço, nessa hipótese, para a celebração de *transação*, que é instituto regido pela lei material civil, e que pressupõe concessões mútuas entre as partes (CCB, art. 840). O que ocorre é que o poder público não pode tomar do administrado o que ele tem direito, com o propósito de justificar o acordo, vez que o acordo se justifica, sob essa modalidade, pela circunstância de o administrado ter razão. No caso, o poder público não pode condicionar a implementação do acordo ao estabelecimento de concessões mútuas entre as partes, porque não vige nas relações de Direito Público o princípio da autonomia de vontade, e porque incide, na espécie, o princípio da indisponibilidade do interesse público, que impõe aos agentes públicos a observância da ordem jurídica estabelecida (Direito). Assim, quando a Advocacia Pública depreender que o administrado tem razão, cumpre ao poder público assegurar a fruição desse direito tal como ele o teria fruído se a Administração Pública não tivesse se equivocado por ocasião da realização do ato administrativo impugnado. Por isso o acordo aventado não pode ser implementado sob a forma de *transação* (que exige concessões mútuas entre as partes), consistindo, portanto, em simples *composição do litígio*.” (ibid.). Cabe a ressalva que, nessa passagem, o termo *indisponibilidade do interesse público* deve ser entendido como *vinculação ao interesse público*, tendo em vista as considerações feitas anteriormente no item 2.1, *supra*.

da Administração Pública, devendo exercer também o poder de autotutela. Afinal, os procuradores, antes de advogados, são agentes públicos que devem zelar pela preservação dos princípios constitucionais da Administração. Logo, no caso de certeza do direito, descabe apresentar proposta de acordo com exigência de renúncia de atrasados, devendo ser pago o benefício em sua integralidade.

Essa autonomia é compensada pela possibilidade de controle. Em primeiro lugar, é importante observar que já existe uma delimitação conforme a alçada, pois o próprio artigo 10 da Lei nº 10.259/01 limita a possibilidade de conciliação aos processos de competência dos Juizados Especiais Federais, que são aqueles que não ultrapassam 60 (sessenta) salários mínimos (artigo 3º, *caput*), sendo tais limites explicitados pelas Portarias AGU nº 109/07 e PGF nº 915/09.¹⁹⁵ Além disso, a conciliação judicial é uma fase do processo e, como todo ato processual, está devidamente documentada nos autos, recomendando-se, inclusive, que o procurador federal explicita as razões pelas quais fez ou aceitou determinada proposta de acordo.¹⁹⁶

Assim sendo, somente em casos de incerteza em que, considerados os custos e os benefícios, a demanda não “valesse a pena”, é que seria admissível a transação. Isso porque, se há dúvidas e os custos não justifiquem a transação, a vinculação ao interesse público determina a continuidade da discussão.

Em relação a essa última hipótese, é importante destacar que a ponderação de custos e benefícios não deve considerar nem apenas os custos do INSS, mas de toda a Administração Pública,¹⁹⁷ e nem mesmo unicamente os fatores econômicos. Entre outros

¹⁹⁵ Em termos gerais, todo procurador federal pode realizar acordos de até 60 (sessenta) salários mínimos. Acima desse valor e até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), depende-se da autorização dos Procuradores Seccionais e dos Chefes de Escritório de Representação. Sendo o montante ainda superior e até R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), exige-se prévia e expressa autorização dos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais nos Estados. Além desse valor e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), há necessidade de prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais Federais. Se o acordo for superior a tal montante, caberá ao Adjunto de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal autorizar prévia e expressamente a celebração do acordo ou transação. De acordo com o §2º do artigo 1º da Portaria PGF nº 915/09, é importante destacar também que as causas de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o acordo ou a transação dependerá ainda de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou, ainda, daquele a quem tiver sido delegada esta competência.

¹⁹⁶ De fato, o Manual de Conciliação da PGF recomenda que “a motivação do acordo, com os apontamentos a respeito dos fundamentos de fato e de direito que induziram o Procurador à propositura da conciliação, seja devidamente registrada nos autos judiciais ou no SICAU”, ou seja, em juízo ou no banco de dados interno da procuradoria (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*, cit. p. 23).

¹⁹⁷ Nesse sentido, Carla Cristina Guimarães Trovão Silva, Mariana Moreira e Silva e Vitor Pierantoni Campos afirmam: “Na análise da conveniência e da oportunidade da transação há de se considerar que não só a Administração Pública em sentido estrito, mas também o Poder Judiciário são mantidos pela União, sendo imprescindível considerar o ônus de se prosseguir com a demanda em um duplo aspecto” (Transação:

aspectos, pode-se considerar a probabilidade da criação de um precedente que, ao final, mostre-se desfavorável à Administração; o benefício indireto que a melhoria da imagem da instituição com a realização da conciliação pode ocasionar; o provável êxito do INSS decorrer apenas de questões processuais, o que levaria a uma vitória futura do segurado caso ajuizasse uma nova demanda (por exemplo, se não houve requerimento administrativo, mas o direito do segurado é evidente).

A definição da certeza ou da incerteza, porém, vai variar conforme se trate de *matéria de fato* ou de *matéria de direito*.

2.4.2. Matéria de fato e matéria de direito

Em linhas gerais, segundo Carla Cristina Guimarães Trovão Silva, Mariana Moreira e Silva e Vitor Pierantoni Campos,¹⁹⁸ *matéria de fato* é “aquela que demanda tão-somente a análise de circunstâncias fáticas a serem supridas pela parte como forma de comprovar ou demonstrar que é titular de um direito previsto na norma”. Já *matéria de direito* “é aquela que depende exclusivamente da fixação da interpretação da norma jurídica em um ou outro sentido”.

Conforme os autores,¹⁹⁹ caberia em juízo a discussão tanto da matéria de fato como de direito, isoladamente ou em conjunto, nem sempre sendo evidente a diferença entre as duas. De todo modo, se a questão envolver apenas matéria de direito, os fatos são tidos por incontroversos e se limita à interpretação e/ou à aplicação da norma jurídica. Por sua vez, no caso de matéria somente de fato, não se discute a interpretação dada à lei, mas apenas a comprovação dos fatos deduzidos em juízo. Casos relativos à matéria de fato e de direito envolvem essas duas ordens de discussões.

No âmbito dos conflitos previdenciários, a distinção entre matéria de fato e de direito também nem sempre se mostra clara. Ainda assim, há casos que visivelmente envolvem apenas matéria de direito (como pedidos de revisão de benefícios, tais como o de aumento do percentual da cota da pensão por morte em decorrência da Lei nº 9.032/95; a majoração por causa dos novos tetos surgidos com as Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03; o recálculo de acordo com o §5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/9, entre outros) e situações em que a discussão é exclusivamente de matéria de fato (como comprovação de

Matéria de Fato e Matéria de Direito nos Juizados Especiais Federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 70).

¹⁹⁸ Ibid., p. 70-71.

¹⁹⁹ Ibid., p. 71.

trabalho rural para fins de obtenção da aposentadoria do artigo 143 da Lei nº 8.213/91; caracterização de dependência econômica para recebimento de pensão por morte; prova de incapacidade para concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, etc.). Existem ainda casos que envolvem matéria de fato e de direito (por exemplo, saber se a sentença trabalhista é válida para fins de comprovação de tempo de serviço para fins previdenciários e, em seguida, verificar o que foi definido na decisão da Justiça do Trabalho; discutir a legislação acerca dos níveis de ruído exigidos para comprovação de especialidade e, depois, analisar se há provas adequadas de que o autor esteve submetido a tais níveis, entre outras hipóteses).

Nota-se que na discussão de matéria de fato, normalmente se está diante de uma situação que pode ser atribuída a um sujeito determinado e, assim, a atenção se volta à situação concreta e não à generalidade de casos. De fato, a consideração de determinado indivíduo como rural, baseada em seus específicos documentos e em seu relato individualizado, não irá afetar a sociedade como um todo, mas apenas sua situação em particular. Em consequência, as possibilidades para se dispor do benefício são maiores.

Em contrapartida, nos casos que envolvem matéria de direito, a tendência é de que existam reflexos, ainda que indiretos, sobre interesses gerais. Alterar a fórmula de cálculo de um benefício, modificando-se a alíquota, por exemplo, invariavelmente ensejará questionamentos de pessoas que são beneficiárias da mesma prestação. Ao mesmo tempo em que esse envolvimento de interesses gerais limita a disposição pelo indivíduo, também exige uma atuação uniforme da Administração Pública, de modo a preservar a isonomia entre os administrados que se encontrem em situação idêntica.

Dessa forma, percebe-se que a definição entre a certeza ou a incerteza é diversa conforme se trate de matéria de fato ou de direito.

2.5. A legalidade construída

Relacionados os binômios certeza/ incerteza, matéria de fato/ matéria de direito, Carla Cristina Guimarães Trovão Silva, Mariana Moreira e Silva e Vitor Pierantoni Campos²⁰⁰ sustentam que é possível tratar da possibilidade de transação com a Administração Pública somente no caso de *direitos duvidosos (res dubia)* em matéria de fato.

²⁰⁰ Transação: Matéria de Fato e Matéria de Direito..., cit. p. 72.

Nessa hipótese, o representante judicial poderia vislumbrar “que a questão deduzida nos autos encontra respaldo probatório suficiente para garantir o direito pleiteado pela outra parte”, incumbindo-lhe “buscar uma solução que se conforma aos interesses da Administração”.²⁰¹ Assim, afirmam:

O representante judicial do ente público pode perfeitamente visualizar a situação concreta descrita na ação proposta, entendendo pela plausibilidade dos fatos narrados e pela possibilidade de vitória da outra parte no processo judicial. Partirá, então, para uma solução conciliatória, que traga benefícios para a Administração e para o particular que propôs a ação.

Ressaltam ainda que a dúvida deve ser fundada em questões objetivas, decorrentes de incertezas constatadas pelo exame da questão e das provas. Se assim for, não se tratando de mera liberalidade, admitem a realização da transação pelo advogado público. Sustentam ainda que o controle do sistema será feito pelo Poder Judiciário que, valendo-se dos mesmos critérios de análise, poderá ou não homologar os acordos realizados.²⁰²

No entanto, para os mesmo autores,²⁰³ em caso de matéria de direito, não seria admissível a existência de *res dubia*, uma vez que caberia exclusivamente à Administração fixar a interpretação dada às normas jurídicas. Nesse âmbito, os procuradores do ente público não poderiam inovar em termos da interpretação dada às leis, sob pena de haver tratamento diferente em situações semelhantes, em violação ao princípio da isonomia e à unidade da Administração.

Entende-se que o estabelecimento de interpretação unilateral pela Administração não está de acordo com a premissa adotada no presente trabalho da Administração Pública consensual. Além disso, Carla Cristina Guimarães Trovão Silva, Mariana Moreira e Silva e Vitor Pierantoni Campos acabam por aproximar a *res dubia* que admite a transação a um “respaldo probatório suficiente” quase idêntico ao da ausência de controvérsia fática.

2.5.1. Revendo o princípio da legalidade

Para ampliar as possibilidades de conciliação, mostra-se necessário rever o uso tradicional do princípio da *legalidade*. Segundo o ensinamento de Carlos Alberto de

²⁰¹ Transação: Matéria de Fato e Matéria de Direito..., cit. p. 74.

²⁰² Ibid., p. 75.

²⁰³ Ibid., p. 72-73.

Salles,²⁰⁴ a legalidade, como simples obediência às leis, é demasiadamente genérica, sendo o desafio emprestar funcionalidade ao conceito em sua aplicação à Administração Pública.

De fato, o significado funcional comumente se relaciona ao da vinculação das atividades administrativas à lei (“a Administração apenas pode fazer o que a lei permite”) e o de presunção de sua conformidade com os ditames legais. Segundo Salles,²⁰⁵ esses significados deixam de considerar características marcantes dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, em que há uma pluralidade de sentido das normas e uma perda de coerência interna do sistema jurídico.

Ao se dotar a legalidade de um sentido unilateral estabelecido pela Administração, impossibilita-se a negociação e exclui-se a possibilidade de solução consensual dos conflitos. Isso porque, se o sentido for prévia e unilateralmente estabelecido pela Administração, negociar representaria reconhecer anterior ilegalidade, impedindo a revisão interna em bases participativas. Em vez de se gerar estabilidade das decisões administrativas, acaba-se por dar ensejo a diversas discussões judiciais e colocar a revisão judicial como única alternativa possível para questionar a legalidade no âmbito do Poder Público.

Assim, a noção de legalidade, dentro de um Direito Administrativo de fundamento consensual, deve ser construída em conjunto com o administrado em bases igualitárias e participativas. Desse modo, a própria definição da certeza ou da incerteza do direito deve ser feita conjuntamente entre Administração e administrado, entre INSS e requerente. A solução consensual deve ser pensada em cada caso com o auxílio do particular na construção da própria noção de legalidade, independentemente de se tratar de matéria de fato ou de matéria de direito, ainda que a forma para consecução de tal objetivo varie conforme cada uma dessas modalidades.

Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, ou em relação à parte jurídica de uma questão de fato e de direito, o envolvimento de interesses gerais indica que para que seja possível a conciliação, sob quaisquer de suas modalidades (ou seja, com ou sem concessões recíprocas), há necessidade da instrumentalização de um meio que respeite o tratamento isonômico dos indivíduos em idêntica situação.

As possibilidades são variadas, podendo ser citadas a edição de normas administrativas pelo INSS, de Súmulas da AGU, de pareceres vinculantes, de decisões

²⁰⁴ *Arbitragem em Contratos Administrativos*, cit. p. 121-124.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 122.

colegiadas por órgãos competentes²⁰⁶, entre outros. Importa ressaltar, todavia, que, qualquer que seja o meio, dentro de um contexto de Administração Pública consensual, mostra-se pertinente que haja a participação do administrado na construção da interpretação a ser adotada. Acredita-se que essa participação, ainda que igualmente possa ocorrer de diversas maneiras, como pelos Conselhos de Previdência e Assistência Social, pela representação do Congresso Nacional, pode ser feita também por meio da conciliação, sobretudo no plano interinstitucional.²⁰⁷

Por sua vez, nos casos envolvendo exclusivamente matéria de fato ou, em relação à parte fática quando já resolvida o aspecto jurídico,²⁰⁸ é possível que a construção conjunta da legalidade seja feita diretamente pelo indivíduo e pelo representante judicial do INSS que vier a atuar no caso concreto, sem necessidade do uso de um meio que garanta a generalização.

Assim, se é certo que as partes não podem subverter os requisitos legais exigidos para determinado benefício (matéria de direito), como, por exemplo, a carência e a qualidade de segurado para benefícios por incapacidade, podem discutir em conjunto como os fatos se enquadram na norma. Podem, a partir das tratativas postas na mesa de negociação, concordar que, a despeito do laudo pericial, a incapacidade não surgiu apenas com o primeiro documento médico, mas já era patente em momento anterior em que mantida a qualidade de segurado. Ainda podem notar que, a despeito das contribuições sob a categoria de contribuinte individual, na realidade o segurado não havia exercido qualquer atividade e apenas se equivocara ao não recolher como facultativo, permitindo o pagamento de auxílio-doença mesmo no período em que existentes contribuições.²⁰⁹

²⁰⁶ Luciana Moessa de Souza, por exemplo, sugere que, para análise dos riscos em matéria jurídica, seja previsto em lei um comitê constituído para tal fim em cada órgão da Advocacia de Estado, do qual devem participar advogados que atuam junto a tribunais superiores e advogados que atuam na esfera consultiva relativa ao direito material aplicável (*Meios Consensuais de Solução de Conflitos envolvendo Entes Públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 184).

²⁰⁷ Vide especialmente a atuação do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional, no capítulo 6 deste trabalho.

²⁰⁸ Isso pode se dar tanto pela existência de algum dos meios acima enumerados, como uma Súmula da AGU ou um ato normativo autorizando o acordo, como também por coisa julgada anterior em fase de conhecimento que restringe a discussão a aspectos fáticos na execução. Este último ponto é referido no Manual de Conciliação da PGF que, inclusive, deixa expresso que: “Nesta hipótese, apesar da autarquia não concordar com a tese de fundo, é possível a celebração do acordo em torno dos parâmetros para a liquidação e cumprimento do título judicial transitado em julgado” (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*, cit. p. 17).

²⁰⁹ Cabe observar que, como regra, o INSS entende que o pagamento de contribuições na categoria de contribuinte individual pressupõe que se esteja exercendo uma atividade laborativa e que, assim, não se encontre incapaz.

Também nesses casos, cabe observar que a atuação do procurador federal não se limita à transação. A partir da análise do caso, em conjunto com o segurado, a conciliação pode ser realizada com ou sem concessões recíprocas. De fato, se a comunicação estabelecida permitiu ao procurador reconhecer a existência do direito do autor, não é permitido, em decorrência da autotutela administrativa, que se imponha um desconto de valores no benefício do autor. Apenas seria permitida a transação diante de uma incerteza na qual, ponderados os custos e benefícios, o prosseguimento na demanda não se mostrar vantajoso.

2.5.2. O modelo ideal e os desafios do conciliador

Nesse contexto, reputa-se possível o estabelecimento de um esquema geral, ainda que adaptações segundo o caso concreto sejam inevitáveis e até desejáveis. Em um modelo ideal, assim, ao apresentar uma proposta de acordo, o procurador federal estaria diante de duas possibilidades: (i) *reconhecimento do direito do autor* (reconhecimento do pedido, desistência da ação, renúncia ao direito que se funda a ação, desistência de recurso ou renúncia ao recurso): nos casos em que o direito se mostrar indubitável, por ausência de controvérsia de fato e de direito, em decorrência da própria autotutela que deve pautar a conduta administrativa; (ii) *transação*: se houver incerteza, o representante do INSS deverá realizar um juízo de ponderação que considere todos os custos e benefícios envolvidos no processo, optando, então, por realizar ou não a transação e, em caso de realizá-la, decidindo quanto ao percentual mais adequado, de modo que a distribuição dos ônus entre as partes seja justa, respeitada a disciplina dos artigos 840 a 850 do Código Civil.

Reitere-se que a certeza ou não quanto ao direito do autor dependente, em relação à matéria de direito, de um posicionamento uniforme da Administração, o que, de ordinário, impõe a participação de autoridades administrativas superiores. No caso de matéria fática, a autonomia do procurador federal que atua no caso concreto mostra-se com maior amplitude.

Dentro do modelo imaginado, é possível pensar ainda em uma escala variável de percentuais a título de atrasados que guardasse uma maior proximidade com o caso concreto e a certeza ou não do direito. Sabe-se que, geralmente, procuradores federais em processos relativos a uma mesma Subseção Judiciária utilizam um mesmo patamar de

deságio (por exemplo, 80% dos atrasados)²¹⁰, o que muitas vezes se mostra dissociado das peculiaridades do caso concreto.

Entende-se que o mais adequado seria estabelecer um patamar variável que pudesse ser alterado conforme cada caso, podendo o motivo do percentual ser inserido no próprio termo do acordo. A variação, em uma situação ideal, traria correspondência com a ponderação de custos e benefícios realizada em uma primeira etapa. Desse modo, se o procurador fundamentou sua decisão apenas por considerar que a vitória decorreria da ausência de requerimento administrativo, a implicar extinção sem julgamento de mérito, seria possível propor apenas a implantação do benefício a partir da data da audiência de conciliação, sem pagamento de atrasados. A ponderação, no caso, seria de que provavelmente o autor, uma vez extinto o processo, ingressaria no mesmo dia com o requerimento administrativo e, assim, o benefício seria de todo modo concedido na data desse requerimento.

Como visto, o modelo proposto independe de edição de leis ou atos normativos, podendo ser adotado a partir da interpretação da legislação existente. No entanto, permanece válida a seguinte afirmação: a definição da certeza ou incerteza, ainda que construída em conjunto com o particular, depende da concordância do INSS. Tratando-se de um meio consensual, a definição acerca da própria ausência ou não de controvérsia é atribuída às partes e não a um terceiro estranho à relação.

É por isso, inclusive, que o modelo de renúncia aos atrasados em demanda que o INSS sabe que possui grandes chances de perder é considerado possível. De fato, se houvesse a capacidade de se afirmar que o INSS, com toda a certeza, não possui razão em sua resistência (o que acontece, por exemplo, no caso da existência de uma Súmula Vinculante do STF), somente seria aceitável o reconhecimento da pretensão do autor.

O problema é, muitas vezes, considera-se como incerteza o que, na realidade, possui ampla probabilidade de ocorrer. Em consequência, não seria difícil de imaginar que muitos procuradores federais poderiam considerar inviável o reconhecimento do pedido ainda que houvesse apenas a remota possibilidade do INSS perder, ou seja, mesmo que isso envolvesse situações extraordinárias como a alteração de jurisprudência pacífica, a

²¹⁰ Igor Fonseca Rodrigues esclarece que o deságio “varia em cada unidade, mas não entre processo da mesma Subseção Judiciária, na medida em que, a fim de evitar quebra de isonomia, a maioria das unidades da Procuradoria Federal opta pelo oferecimento de um deságio-padrão, o qual somente sofre variações em caso excepcionais” (Análise Econômica da Conciliação Previdenciária, cit. p. 9).

modificação do juiz responsável pelo caso ou até a prolação por equívoco de decisão dissociada dos autos.

Por exemplo, o juiz pode desconsiderar o laudo que constatou a incapacidade e julgar improcedente o pedido de benefício por incapacidade. No entanto, a partir de uma análise seriada de casos, o INSS possui a informação de que isso raramente irá ocorrer e, ainda assim, propõe uma percentual de desconto no percentual apresentado. Na definição do que é incerteza, o INSS normalmente alarga por demais o conceito para incluir situações em que as chances de perda são mínimas. E, se a decisão do indivíduo em aceitar a proposta for consciente, não se pode afirmar de antemão que o procedimento foi viciado.

Isso indica a importância não apenas de se designarem procuradores com postura voltada à conciliação para atuar em sessões com essa finalidade, como também de uma mudança institucional mais abrangente.²¹¹ No que se refere propriamente ao presente trabalho, a constatação aponta que o espaço de atuação do conciliador de conflitos previdenciários é mais amplo do que se imagina: como facilitador da comunicação, o conciliador pode auxiliar as partes na construção conjunta da legalidade, inclusive viabilizando a ampliação das situações tidas como de certeza e apresentando opções nas situações de incerteza.

2.6. Síntese

Dessa forma, nota-se que o modelo de conciliação em que sempre há renúncia de parcelas em atraso do benefício pretendido em face do INSS não é o único possível. As ausências de indisponibilidade normativa e de indisponibilidade material indicam que o benefício segue a regra geral de disponibilidade condicionada. Assim, é possível dispor da prestação, desde que respeitadas as condicionantes decorrentes de sua própria natureza de direito social fundamental, ainda que atribuído à pessoa determinada. Isso faz com que, sob a perspectiva do indivíduo, não se possa dispor do benefício caso haja ofensa aos interesses gerais identificados com a ordem pública. Já sob a perspectiva do INSS, exige-se que, em virtude da autotutela, sejam corrigidas as ilegalidades, permitindo-se o desconto de valores a serem pagos apenas em situações de incerteza quanto ao direito aplicável. Tais

²¹¹ Apesar dessa modificação institucional mais ampla ir além dos objetivos do presente trabalho, aponta-se a importância da atuação do Judiciário como conciliador interinstitucional também para que haja uma adequada participação dos procuradores federais nas tentativas de conciliação. Sobre o tema vide Capítulo 6, *infra*.

características fazem com que o modelo de conciliação com o INSS seja ampliado para duas ordens de propostas de acordo: reconhecimento do direito do indivíduo quando a Administração se convencer da ausência de controvérsia de fato e de direito (reconhecimento do pedido, desistência da ação, renúncia ao direito que se funda a ação, desistência de recurso ou renúncia ao recurso), e transação, nos casos em que houver incerteza e a ponderação entre custos e benefícios mostrar que a demanda não é vantajosa para a Administração.

Como para a definição da incerteza exige-se a concordância do INSS, mesmo casos em que a probabilidade é grande costumam ser inseridos na segunda hipótese pelos representantes da autarquia, exigindo-se a renúncia de valores em atraso pelo indivíduo. Ainda que essa prática seja possível, desde que o indivíduo igualmente tome uma decisão informada, nota-se que há uma distância grande em relação ao modelo idealizado.

É justamente nesse espaço entre o *ser* e o *dever-ser* que se insere o papel do conciliador, a quem cabe, de acordo com as suas limitações, atuar em um duplo movimento: permitir que os acordos sejam realizados de maneira consciente e impulsionar uma mudança para a superação do paradigma existente.

CAPÍTULO 3: O TERCEIRO FACILITADOR: PANORAMA GERAL

Diante da situação de desequilíbrio de poder comumente existente na conciliação com INSS, a resposta mais imediata acerca do papel do conciliador costuma ser a de que lhe incumbe buscar o equilíbrio. Muitas vezes, sugere-se conferir maior poder à parte mais fraca, promovendo o *empoderamento*. Frente à desigualdade, caberia a igualdade. O segurado desinformado ganharia informações e, dessa forma, passaria a um patamar igual ao do INSS. Soma-se um ao zero, tira-se um de dois e, assim, ambas as partes teriam um. O bolo estaria pronto para crescer e seria igualmente repartido entre as partes.²¹²

A complexidade do tema, porém, mostra que nem sempre a solução é tão simples quanto parece. Por isso, para tratar do papel do conciliador, é necessário primeiro estabelecer o seu conceito. Em seguida, cabe problematizar a noção de poder, enfatizando a impossibilidade de se chegar a uma igualdade plena. Só então é possível retomar a ideia de *devido processo legal mínimo*, inserindo-o dentro da noção de construção de uma *base adequada de poder* que permita a tomada de uma *decisão informada* pelas partes.

3.1. O terceiro facilitador em sentido amplo e suas espécies

Em sua atividade, a atuação do terceiro facilitador é abrangente e variada, envolvendo desde a organização do procedimento consensual a ser utilizado até o uso de técnicas que permitam uma melhor aproximação das partes. Opta-se, assim, por um conceito igualmente amplo, que considera como *terceiro facilitador qualquer um que atue na relação existente entre duas ou mais partes em conflito de maneira a facilitar a comunicação entre elas e possibilitar eventual solução consensual, sem possuir poder decisório direto*.

Ao se falar em *qualquer um*, enfatiza-se que o terceiro pode ser tanto um indivíduo concretamente considerado, como pode ser uma instituição que, embora atue por meio de

²¹² A rejeição tanto do jogo de soma-zero (ganha-perde) como do bolo fixo em busca de opções de ganhos mútuos (ganha-ganha) são imagens comumente usadas pela chamada Escola de Harvard. Vide, por exemplo, FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*, cit. especialmente p. 75-98.

seus agentes, é vista como um todo indivisível e orgânico, como é o caso do Poder Judiciário.²¹³

Além disso, a atividade do terceiro volta-se para a *relação existente entre duas ou mais partes em conflito*. Essa relação pode ser pontual e não durar mais que o tempo entre o surgimento do conflito e a sua solução, como costuma ocorrer em pequenos acidentes de trânsito; ou pode ser extensa e duradoura, como em relações familiares ou de vizinhança. Seja qual for a sua duração, a atividade do terceiro justifica-se a partir do momento em que as partes não conseguem chegar por si mesmas a uma solução. Nesse sentido, o terceiro atua como para *facilitar a comunicação*.

É importante perceber que o conceito de *facilitar a comunicação* é também tomado em termos amplos. Envolve, assim, as diversas atividades que o terceiro pode desempenhar para que a comunicação entre as partes seja aprimorada.

De fato, como salienta Kimberlee K. Kovach,²¹⁴ o papel do terceiro facilitador não é apenas de supervisionar o rígido desenvolvimento das etapas do procedimento. Frequentemente, o terceiro assume papéis diversos na tentativa de ajudar as partes a chegarem a uma solução mutualmente satisfatória. Isso inclui, por exemplo, organizar as partes e as informações; aferir estratégias de negociação; interpretar ou traduzir a informação; e auxiliar na compreensão. Dentre os diversos papéis enumerados pela autora, dois são especialmente relevantes para fins deste trabalho: o de *organizador* e o de *diretor da comunicação*.

Como *organizador*, Kovach²¹⁵ afirma que o terceiro facilitador pode fornecer um enorme auxílio às partes, assistindo-as na organização e no gerenciamento da interação existente. Como exemplos, a autora refere-se a questões como quais informações serão trocadas antecipadamente e quem deve estar presente na negociação. Salienta que esses são aspectos prévios à tentativa de conciliação que possuem um importante efeito no sucesso do procedimento. Concordando com Kovach, acrescenta-se que o papel de organizador, em um sentido mais abrangente, pode envolver também o desenvolvimento de uma política

²¹³ Esse último aspecto é mais bem explorado quando se trata do papel do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional no Capítulo 6, *infra*.

²¹⁴ Mediation, cit. p. 308-309.

²¹⁵ Ibid., p. 308.

pública voltada aos meios consensuais como também a atuação como *designer* de determinado procedimento conciliatório.²¹⁶

Por sua vez, como *diretor da comunicação*, o terceiro facilitador estrutura como as observações são feitas e como as informações são trocadas, atuando à maneira de um coreógrafo. De fato, modulando a troca de informações, o terceiro pode ajudar as partes a se entenderem melhor. Isso requer ainda que ele atue como um tradutor ou intérprete da fala das partes, o que é particularmente notado quando os envolvidos chegam à disputa com diferentes experiências ou referências.²¹⁷ No presente estudo, defende-se que este último papel é particularmente importante na atuação do Judiciário como conciliador interinstitucional de conflitos previdenciários.²¹⁸

Prosseguindo na definição proposta para *terceiro facilitador*, ressalta-se que, diante do conflito, é natural que se objetive sua solução. Assim sendo, o que o terceiro se propõe é viabilizar a obtenção do consenso entre as partes. Todavia, como a solução compete às partes e não ao terceiro, não há aqui uma obrigação de decidir tal qual existente para o juiz no processo adjudicatório tradicional, em que vigora a vedação do *non liquet* (art.126 do CPC/73, equivalente ao art. 140 do CPC/15). Diversamente, as partes podem decidir não decidir, ou seja, não chegar a qualquer solução consensual para o problema. Por isso, a solução consensual é *eventual*.

Por fim, *não há poder decisório direto* do terceiro facilitador, no sentido de que ele não profere uma decisão adjudicatória que venha encerrar o impasse existente. Saliente-se, porém, que a menção a poder decisório *direto* não é simples redundância, pois a simples presença de um terceiro altera a relação anteriormente existente entre as partes, ainda que ele não se manifeste em absoluto.²¹⁹ Assim sendo, qualquer opção feita quanto à forma de atuação repercute, mesmo que indiretamente, sobre a maneira como o conflito é tratado pelas partes, seja de maneira construtiva, seja de maneira destrutiva.²²⁰ Por isso, há uma

²¹⁶ Sobre a atuação do Judiciário no desenvolvimento de uma política pública voltada aos meios consensuais, vide o Capítulo 6, *infra*. Sobre o papel do juiz conciliador como *designer* de um procedimento conciliatório, vide o Capítulo 5, especialmente item 5.1, *infra*.

²¹⁷ Mediation, cit. p. 308.

²¹⁸ Vide, em especial, o Capítulo 6, item 6.1, *infra*.

²¹⁹ Como destaca Lisa Parola Gaynier: “People seek help because their own efforts have failed. It is rather naïve for mediators to think they do not own a piece of the dynamic process of interaction. It is evident from research in chaos theory that the ‘passive’ act of observation changes the behavior of the observed. We as mediators cannot **not** have an impact. It is important that we understand this” (GAYNIER Lisa Parola. In Search of a Theory of Practice: What does Gestalt Have to Offer the Field of Mediation. **Gestalt Review**, vol. 7, nº 3, 2003, p. 192) (grifo do original).

²²⁰ Embora não seja um aspecto a ser detalhadamente desenvolvido no trabalho, anote-se que o conflito em si não é positivo ou negativo. É o modo como tratá-lo que pode ser. Sobre o tema, vide DEUTSCH, Morton. A

série de decisões que ele pode tomar no decorrer do processo conciliatório e que, embora não diretamente dirigidas à solução do conflito existente, são capazes de afetar a sua solução. As atitudes que o terceiro facilitador pode tomar são variadas: a opção entre fornecer ou não determinada informação jurídica; a decisão de organizar ou não mesas simultâneas em um mesmo ambiente; a escolha ou não de dialogar previamente com o grande litigante; entre outros exemplos. Embora não haja um poder decisório direto, há inegável poder indireto de influenciar na decisão das partes.

Portanto, ao conceituar o terceiro facilitador como qualquer um que atue na relação existente entre duas ou mais partes em conflito de maneira a facilitar a comunicação entre elas e possibilitar eventual solução consensual, sem possuir poder decisório direto, tem-se uma definição ampla que abrange tanto a conciliação como a mediação. De fato, a diferença entre tais mecanismos consensuais seria no tocante ao modo como o terceiro facilita a comunicação entre as partes e possibilita eventual solução consensual. Como expresso no primeiro capítulo,²²¹ na conciliação permite-se que o terceiro avance na apresentação de sugestões às partes em conflito, sendo mais incisivo; já na mediação, evita-se apresentar propostas, trabalhando a relação das partes em profundidade para que elas próprias encontrem opções.

Assim sendo, conciliador, no sentido amplo, é o terceiro facilitador que atua na relação existente entre duas ou mais partes em conflito de maneira a facilitar a comunicação entre elas e possibilitar eventual solução consensual *que, embora não possua poder decisório direto, pode apresentar sugestões para o deslinde da controvérsia*.

Em suma, na conciliação, o limite de interferência do terceiro é a apresentação de sugestões; no caso da mediação, o máximo que se admite é o fornecimento de informações. É importante que se perceba que a apresentação de sugestões é vista como a maior interferência possível do conciliador a quem, assim, compete uma série de outras ações que possam facilitar a comunicação entre as partes sem exigir tal tipo de intromissão.²²²

Por outro ângulo, reconhece-se que, em geral, não se subdivide o conceito de *conciliador*. *Conciliador* é tomado apenas como a pessoa responsável por atuar durante a reunião das partes em conflito. No entanto, partindo da premissa de que a simples presença do terceiro altera a relação existente, torna-se evidente que, além das características

resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação – Vol.3*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 29-98.

²²¹ Vide item 1.4, *supra*.

²²² Para a diferença entre *sugerir* e *informar*, defendendo que, mesmo na conciliação o oferecimento de sugestões deve ser feito apenas como última alternativa, vide Capítulo 4, sobretudo item 4.2.1, *infra*.

pessoais, a própria qualificação funcional do terceiro também modifica a equação de uma ou de outra forma. Basta lembrar que uma conciliação presidida por um juiz e outra presidida por um conciliador leigo pode fazer com que conflitos semelhantes tomem rumos distintos. Isso já justifica a separação entre a figura do *conciliador leigo*, aqui chamado também de *conciliador em sentido estrito* ou simplesmente *conciliador*, e a figura do *juiz conciliador*.

Além disso, acredita-se que, sobretudo em casos envolvendo pessoas jurídicas ou entes coletivos dotados de uma estrutura organizacional que vai além dos seus agentes, há necessidade de um tratamento igualmente interinstitucional do conflito. Para tanto, o próprio Poder Judiciário pode atuar como *conciliador interinstitucional*.

Seja como for, a despeito das peculiaridades, todas as espécies de conciliadores podem ser tomados como terceiros facilitadores que atuam na relação existente entre duas ou mais partes em conflito de maneira a facilitar a comunicação entre elas e possibilitar eventual solução consensual e que, não possuindo poder decisório direto, encontram limite na apresentação de sugestões para o deslinde da controvérsia.

A ideia de apresentação de sugestões como limite vai ser trabalhada de forma mais ou menos literal conforme o terceiro, mas, em qualquer caso, o importante é perceber que a intervenção, ainda que admitida, não pode representar um julgamento em favor de quaisquer das partes.

Dentro de uma perspectiva instrumentalista, porém, é importante que se note qual a finalidade de tal intervenção. No âmbito de investigações do presente trabalho, a resposta está na garantia da tomada da *decisão informada* pelas partes, o que é possível a partir do respeito ao *devido processo legal mínimo* que contribua para a formação de uma *base adequada de poder*. Para o esclarecimento de tais conceitos e das relações existentes, cabe tratar inicialmente da noção de poder.

3.2. Poder e o desequilíbrio de poder

É possível definir *poder* como a capacidade de ter as próprias necessidades atendidas e de promover os objetivos a que se almeja.²²³ Além disso, quando se discute o poder em uma relação de conflito, é importante perceber que se está tratando do poder

²²³ Segue-se aqui a definição de Bernard Mayer, Segundo a qual: “For the purpose of understanding the dynamics of conflict, power may be defined as the ability to get one’s needs met and to further one’s goal” (*The Dynamics of Conflict*. 2ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2012, p. 68).

dentro de uma interação.²²⁴ Bernard Mayer afirma, inclusive, que não se pode compreender o poder de qualquer pessoa independentemente de como esse poder interage com o poder dos outros em um conflito.²²⁵ Desse modo, o poder de uma parte é maior ou menor de acordo com o poder da outra.

Mayer²²⁶ salienta também que o poder é a moeda do conflito. Para ele, se não se entende a natureza do poder e como isso afeta o conflito, não se pode entender o próprio conflito. Acredita-se que essa ideia se mostra ainda mais relevante em situações em que o notório desequilíbrio de poder é justamente a nota característica, como é o caso do conflito previdenciário.²²⁷

Segundo Claire Baylis e Robyn Carroll,²²⁸ o interesse acerca do poder surge na conciliação porque, assim como em outros meios consensuais, não há um terceiro que julga. Dessa forma, para chegar a um resultado, as partes devem promover tratativas uma com a outra, sendo o resultado afetado pela habilidade de cada parte em efetivamente negociar em seu favor. Por isso, quando existe uma diferença de poder significativa, a preocupação é de que uma parte pode dominar o processo e o resultado ao ponto em que o acordo reflita amplamente apenas os seus interesses e suas necessidades.

É ilusório imaginar que a diversidade de poder entre as partes seja exceção. O conflito previdenciário típico apenas exacerba uma relação de desequilíbrio de poder. Isso porque, como já salientado, pensar que dois indivíduos ou mesmo duas instituições possam ser absolutamente iguais, e então possuam o mesmo poder, é ignorar a realidade.²²⁹

Além disso, mesmo em situações de grande desequilíbrio, deve-se recordar que *a relação de poder não é estática, mas sim dinâmica*. Há diversos tipos e fontes de poder, como, por exemplo, o poder financeiro, o poder emocional, o poder físico ou o poder cultural.²³⁰ A existência dessa variedade de tipos de poder indica que durante o curso das

²²⁴ *The Dynamics of Conflict*, cit. p. 68.

²²⁵ De acordo com Mayer: “We cannot understand any person’s potential power independent of how that power interacts with the power of others in conflict. In many circumstances the effectiveness of one disputant’s use of power is best understood by how that person’s power affects others in their use of power, and vice versa” (ibid., p. 79).

²²⁶ Ibid., p. 67.

²²⁷ Vide Capítulo 1, especialmente item 1.3, *supra*.

²²⁸ Power issues in mediation. *ADR Bulletin*, vol.7, nº 8, 2005, p. 135.

²²⁹ Vide Capítulo 1, item 1.5, *supra*.

²³⁰ Para fontes e tipos de poder, vide MAYER, Bernard Mayer. *The Dynamics of Conflict*, cit. p. 74-77; WALDMAN, Ellen. *Mediation Ethics: cases and commentaries*, cit. p. 94-95; BAYLIS, Claire; CARROL, Robyn. Power issues in mediation, cit. p. 133. Ressaltando que o desequilíbrio de poder não decorre apenas de diferenças econômicas, vide SILVA, Érica. *Conciliação Judicial*, cit. p. 212.

discussões é possível haver alterações no equilíbrio de forças.²³¹ Se, em determinado momento de uma disputa familiar importar mais o controle emocional, e não o financeiro, a parte de maior poder financeiro pode passar a estar em desvantagem em relação à de maior poder emocional.

Dentre os diversos tipos de poder, seguindo a classificação de Bernard Mayer,²³² cabe destacar que *o poder pode ser estrutural (também chamado de sistêmico) ou pessoal*. Segundo ele, o poder estrutural mostra-se na situação apresentada, nos recursos que a parte traz para o conflito, na realidade legal e política em que o conflito ocorre, na autoridade formal que os litigantes possuem e nas escolhas objetivas que existem. Por sua vez, o poder pessoal relaciona-se com características individuais, como a determinação, o conhecimento, o carisma, a sabedoria, a coragem, a energia e a habilidade comunicativa. Nota-se, a partir dessa distinção, o marcante poder estrutural de que o INSS é dotado, ainda que o poder pessoal de seu representante ou da parte autora também possam interferir na tentativa de conciliação.

É importante enfatizar também que *a percepção do poder da outra parte pode ser tão ou mais relevante que a existência ou não, de fato, desse poder*. Como salienta Bernard Mayer,²³³ as crenças que as pessoas possuem acerca de seu poder e do poder dos outros comumente é tão importante quanto o poder em si. Assim, se alguém acredita que uma parte possui recursos ou conexões relevantes com pessoas importantes, essa crença por si só pode ampliar seu poder.

Saliente-se ainda que *o poder não é passível de ser milimetricamente mensurado e, assim, distribuído de maneira igualitária entre as partes*. Não é algo, então, que possa ser equilibrado simplesmente dando mais poder para uma das partes.²³⁴ Logo, torna-se simplista qualquer solução que proponha um nivelamento do poder, até porque tal equiparação, em última instância, é impossível.

Tais esclarecimentos são relevantes quando se pretende estudar o conflito previdenciário, pois é dentro desse contexto que se insere a atuação do conciliador.

De fato, como a relação de poder é dinâmica, cabe ao conciliador estar atento para os diversos rumos que essa relação pode tomar durante o processo conciliatório. Deve

²³¹ De acordo com Claire Baylis e Robyn Carroll: “During the course of a negotiation the existence of many different types of power will mean that there will be shifts in the balance of power” (Power issues in mediation, cit. p. 134).

²³² *The Dynamics of Conflict*, cit. p. 72.

²³³ *Ibid.*, p. 77.

²³⁴ Segundo Claire Baylis e Robyn Carroll, “(...) an imbalance of power is not something that can be ‘balanced’ by a mediator simply giving more power to one party” (Power issues in mediation, cit. p. 134).

ainda estar consciente de que a sua presença e os atos que venha ou não a praticar também irão afetar a relação de poder existente entre as partes.²³⁵

Compilando a literatura existente sobre o tema, Claire Baylis e Robyn Carroll²³⁶ referem que a relação de poder existente entre as partes pode causar preocupação em momentos diferentes do processo, relacionando-se com a dinamicidade própria do poder. Em um primeiro momento, a preocupação existe quando se avalia se o conflito é apropriado para a conciliação ou para a mediação, sendo uma diferença significativa de poder normalmente considerada como uma contraindicação à adequação de um processo de base consensual. O tema reaparece em um segundo momento quando o terceiro facilitador está atuando e surge a questão de identificar o seu papel apropriado, no que se refere à relação de poder existente entre as partes, e que nível de poder o terceiro deve exercer. Por fim, o exercício de poder por uma das partes ou pelo terceiro durante o procedimento consensual também pode ser uma preocupação se o acordo a que se chegou é revisto e o órgão revisor deve decidir se o acordo feito deve ser anulado em virtude de coação ou injustiça. Essa preocupação em todas as fases da conciliação deve guiar a atuação do terceiro facilitador também nos conflitos previdenciários.

Além disso, após diferenciar poder estrutural e poder pessoal, Bernard Mayer²³⁷ refere que o conciliador é mais capaz de exercer influência em situações baseadas no poder pessoal que no estrutural. Assim, pode criar procedimentos para desencorajar intimações, acesso desigual às informações e assim por diante. Para Mayer, todavia, o conciliador não pode fazer muito para modificar os recursos fundamentais existentes para cada uma das partes ou no panorama normativo (*legal framework*) que define as alternativas que cada uma possui se as negociações falharem. Segundo o autor, mudanças no poder estrutural habitualmente requerem uma alteração sistêmica, que até pode ser um resultado da interação provocada pelo conflito, mas que não é algo que em geral os conciliadores por si mesmos podem conseguir.

Entende-se que a posição de Mayer em relação ao poder estrutural é válida quando se trata do conciliador em sentido estrito ou do juiz conciliador. No entanto, sobretudo quando a regra é a existência de um poder estrutural, como é o caso do INSS, é necessária a presença de um terceiro que, justamente por ser uma instituição capaz de modificar o

²³⁵ Como salienta Bernard Mayer: “Everyone in a conflict has choices about how to use power and how to respond to power. But there is one choice none of us has, whether we are disputants, mediators, or decision makers – we cannot choose to have no power” (*The Dynamics of Conflict*, cit. p. 91).

²³⁶ Power issues in mediation, cit. p. 134.

²³⁷ *The Dynamics of Conflict*, cit. p. 73.

panorama normativo da conciliação, pode lidar eficazmente com essa espécie de poder. Defende-se, assim, que a alteração da dinâmica do poder estrutural é possível, ainda que em um plano mais abstrato – isto é, dissociado de casos concretos –, a partir da atuação de um conciliador interinstitucional.²³⁸

De todo modo, acrescenta-se que, se a percepção do poder importa tanto quanto à existência do poder, o conciliador deve estar atento não apenas para o poder existente do INSS, mas também para a percepção que a outra parte possui desse poder. Não raramente se tem a impressão de uma relação de proximidade exagerada entre conciliador e representante jurídico do INSS, o que deve ser evitado.²³⁹

Por fim, se o equilíbrio é impossível, não basta fornecer recursos financeiros ou simplesmente dar informações jurídicas com a pretensão de que, assim, o problema estaria resolvido. De fato, ainda que se considere que fornecer informações jurídicas seja uma estratégia adequada nas conciliações em face do INSS, é importante reconhecer que nem sempre é suficiente. A própria informação jurídica pode alterar a distribuição de poder, criando um novo desequilíbrio.

Bernard Mayer²⁴⁰ enfatiza que talvez a imagem sobre o poder mais enganosa que prevalece é a de que o poder possa ser equilibrado. Para Mayer, em vez de pensar que as pessoas precisam de uma equivalência ou uma igualdade de poder, deve-se com maior utilidade pensar que as pessoas precisam de uma *base adequada de poder* para participar efetivamente no conflito. Elas necessitam de poder suficiente para que os outros considerem suas preocupações e para que possam resistir a qualquer solução que fundamentalmente viole seus interesses. Isso não significa que partes com essa base adequada de poder irão sempre vencer ou obter um resultado desejado em particular, mas ao menos que elas irão envolver-se no conflito com alguma esperança de serem influentes e atuarem de maneira eficaz.

²³⁸ Sobre o tema, vide Capítulo 6, *infra*.

²³⁹ Acerca da conduta que se espera do conciliador leigo antes do início da sessão, vide Capítulo 4, item 4.1, *infra*.

²⁴⁰ De acordo com Bernard Mayer: “Instead of thinking that people need an equivalence or equality of power, we might more usefully think that people need an adequate basis of power to participate effectively in conflict. They require enough power that others must at least consider their concerns and enough power to resist any solution that fundamentally violates their interests. This does not mean that disputants with an adequate base of power can always ‘win’ or attain a particularly desirable outcome or process, but they can at least engage in conflict with some hope of being influential and effective. Without this power, their participation in a conflict engagement process may end up being the means for their needs to be ignored and their interests overrun, but with a sheen of participation or consultation” (*The Dynamics of Conflict*, cit. p. 69).

Desse modo, observa-se que, em situação de conflito, o poder é estabelecido a partir da relação existente entre as partes, no sentido de que o poder de um é percebido a partir do poder do outro. No entanto, a regra é que haja uma relação assimétrica, de maneira que, ordinariamente, uma delas vai possuir maior poder que a outra. Os tipos e fontes de poder variam, o que contribui para que a relação de poder seja dinâmica. Além do mais, o poder não pode ser mensurado e, por isso, não pode ser equilibrado. Logo, o importante é existir uma base adequada de poder para que a conciliação seja viável.

3.3. Base adequada de poder e devido processo legal mínimo

Avançando no conceito proposto por Bernard Mayer, reputa-se que a *base adequada de poder* pode ser conceituada, em termos mais amplos, como o conjunto de condições necessárias para que as partes, quando participantes de um procedimento consensual, tomem uma *decisão informada*.

Por envolver um conjunto de condições e não ser identificável a uma técnica isolada entende-se, para fins deste trabalho, que o uso da expressão *base adequada de poder* é mais apropriada que a utilização do termo *empoderamento*. Além disso, *empoderamento* costuma ser associado à técnica bastante aplicada na mediação transformativa,²⁴¹ ao passo que não se pretende adotar uma postura que se limite a determinada corrente. Acrescente-se ainda que *empoderamento* pode dar a falsa impressão de possibilidade de equilíbrio a partir da atribuição de poder, o que a palavra *adequada* evita.

Em linhas gerais, as condições atinentes à base adequada de poder envolvem tanto aspectos ligados ao próprio procedimento como também medidas tomadas em um campo que poderia ser considerado *extraprocessual*.

Nesse âmbito extraprocessual, a formação de uma base adequada de poder exige que as partes, por exemplo, tenham uma mínima formação educacional. As condições socioeconômicas existentes também devem ser tais que permitam, ao menos, que a parte possua condições financeiras para apresentar sua pretensão em juízo e de estar presente em eventual sessão de conciliação. Em outros termos, aqui se trata de uma abertura para questões que vão além de aspectos puramente jurídicos e que, em última análise, envolvem problemas políticos, econômicos e sociais decorrentes da própria realidade brasileira.²⁴²

²⁴¹ Nesse sentido, SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*, p. 218.

²⁴² Uma perspectiva semelhante e que se refere a problemas estruturais mais amplos como obstáculo ao próprio desenvolvimento das ADR é apresentada por Mariana Hernández Crespo. A autora, realizando uma comparação entre a realidade dos Estados Unidos e da América Latina, salienta que, nos EUA, as ADR

Ampliar o poder, em tal contexto, significa lidar com dilemas mais amplos como a própria política desenvolvida em termos de seguridade social.

Embora se reconheça a pertinência desse primeiro grupo de condições, o presente trabalho centra-se na atividade do conciliador tendo em vista o procedimento conciliatório. Dessa forma, volta-se às condicionantes que poderiam ser consideradas *processuais* da base adequada de poder. A tais condicionantes, relaciona-se a existência de um *devido processo legal mínimo* na conciliação.

Nas palavras de Daniela Monteiro Gabbay,²⁴³ o devido processo legal pode ser concebido como “uma garantia de contenção do exercício do poder e autoridade, quer das partes, quer do terceiro”. Assim sendo, respeitada a flexibilidade própria da conciliação, é importante que haja um conjunto de condições, ainda que mínimas, que impeçam o exercício do poder de uma parte sobre a outra e também que limite o próprio terceiro. Na tese ora sustentada, tais condições, identificadas com o devido processo legal mínimo, perfazem as condicionantes processuais da base adequada do poder.

De todo modo, concorda-se com Gabbay²⁴⁴ no sentido de que tais contornos processuais mínimos são dados pelas normas constitucionais (garantias processuais), fazendo com as formas autocompositivas também possam ser tratadas à luz da teoria geral do processo. No entanto, acrescenta-se que, a despeito da raiz constitucional comum, a interpretação do que seja uma garantia processual em uma decisão adjudicatória difere quando aplicada a um mecanismo consensual. Basta observar o próprio inciso LV, do art.5º, da Constituição Federal, segundo o qual “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Como falar, em termos literais, de contraditório

representariam uma alternativa à solução judicial, operando dentro da moldura de um sistema legal, ou seja, dentro do que seria descrito como *a sombra da lei* (*the shadow of the law*). Em contraposição, na maioria dos países da América Latina existiria uma lacuna entre as leis dos livros e as leis da realidade, o que faria com que os meios alternativos operassem apenas sob uma *pálida sombra da lei* (*a pale shadow of the law*). Tal cenário levaria a acordos sem que houvesse a garantia de justiça, na medida em que, muitas vezes, a ineficácia do Judiciário e a existência de sistemas normativos paralelos baseados em relações de poder informais (como os líderes de uma favela) faria com que, na prática, não houvesse uma alternativa à não realização do acordo. Por isso, a autora refere-se à *Disputa de conflitos na América Latina* (*Latin American Dispute Resolution - LDR*), porque não haveria propriamente uma alternativa judicial, ou seja, os meios alternativos de solução não seriam verdadeiramente alternativos. Para superar tal situação e, assim, transformar a LDR em LADR (*Latin America Alternative Dispute Resolution* ou *Meios alternativos de solução de conflitos na América Latina*), a autora defende uma maior participação social, salientando, entre outras medidas, a importância da inclusão da sociedade na discussão e na edição das leis e a criação de um mecanismo de solução de controvérsias que propicie uma maior participação popular (A systemic perspective on ADR in Latin America: enhancing the shadow of the Law through citizen participation. 10 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 91, 2008, passim).

²⁴³ *Mediação & Judiciário...*, cit. p. 29.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 29.

e ampla defesa em um mecanismo consensual, no qual se privilegia justamente a ausência de um posicionamento adversarial entre as partes? Existe, então, a necessidade de uma reinterpretação das garantias processuais quando empregadas aos meios consensuais.

Além disso, mesmo que voltado ao acordo e não à decisão, o resultado do procedimento conciliatório deve ser tido como legítimo, não bastando simplesmente que haja o consenso a qualquer custo. Em processos adjudicatórios, é possível dizer que o objetivo do respeito ao devido processo legal é a obtenção de um resultado justo.²⁴⁵ Já no caso de mecanismos consensuais, é certo que ponderações sobre o justo, em geral, devem ser reservadas às partes, significando dizer que, em princípio, justo é aquilo que as partes consideram como tal. No entanto, mostra-se necessário que a escolha das partes em realizarem o acordo tenha sido decorrente da tomada de uma *decisão informada*. Somente nesse caso se pode afirmar que o consenso foi legítimo.

Nessa perspectiva, na conciliação o objetivo do devido processo legal mínimo, tido como as condições necessárias para a garantia da base adequada de poder no plano processual, é garantir que o acordo seja decorrente de uma decisão informada das partes. Significa dizer que as condicionantes processuais, em um mecanismo por natureza flexível, justificam-se na medida em que propiciem que o acordo seja fruto de uma decisão informada. Como será visto adiante, é a busca pela decisão informada que irá inclusive limitar a atuação do conciliador.

Restrito em seu objeto de análise, o presente estudo volta-se, assim, aos aspectos do devido processo legal mínimo relacionados à atividade do conciliador, direcionados ao objetivo de garantir uma decisão informada das partes na conciliação de conflitos previdenciários. Em especial, é importante perceber como os conceitos tradicionais ligados ao devido processo legal são reinterpretados à luz dos mecanismos consensuais, como se observa, sobretudo, dos movimentos de proximidade e distanciamento que caracterizam a imparcialidade do conciliador e que são especialmente tratados no decorrer deste trabalho.

²⁴⁵ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que a “tutela dos direitos fundamentais começa no terreno dos direitos de fundo e espalha-se até o campo dos direitos de forma, encontrando sede expressiva na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV), que, por seu turno, não se circunscreve a garantir apenas um procedimento legal, mas que se compromete, sobretudo com um resultado materialmente justo para a defesa do direito ameaçado ou para a restauração do direito violado (CF, art. 5º, inciso XXXV)” (Homologação de sentença estrangeira. Ofensa à ordem pública. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v.88, ano XXVI, nov. 2006, p. 79).

3.4. Entre a imparcialidade e o cuidado

A atividade do conciliador, ao alterar a situação então existente, pode transformar um impasse em uma solução consensual. No entanto, o seu envolvimento, ainda que deliberado e bem intencionado, também traz problemas que não estão presentes quando a disputa é resolvida exclusivamente pelas próprias partes.²⁴⁶

Sendo o poder dinâmico, imensurável e multiforme, a atuação do conciliador não pode ser estática, baseada em regras matemáticas e firmada em uma única maneira de atuação. Com o objetivo de garantir que o acordo seja legítimo, sobretudo em situações de notório desequilíbrio, entende-se necessário que se estabeleça um movimento contínuo que transite no intervalo entre a proximidade e o distanciamento das partes. Assim, cabe interferir na medida do necessário para que seja garantida a decisão informada, sem que se assuma uma postura autoritária que substitua a vontade das partes.

Em última análise, essa tensão entre ficar próximo e manter-se distante é o que caracteriza a atuação do conciliador. O conciliador leigo terá dificuldade em saber até que ponto deve ou não se aproximar da parte menos favorecida. Da mesma forma, o juiz conciliador terá problema idêntico não apenas durante uma audiência de conciliação, mas também ao decidir qual desenho procedimental adotar ou ao homologar um acordo firmado. Por sua vez, o Judiciário como conciliador interinstitucional enfrentará a questão de saber até que ponto pode ou deve aproximar-se do INSS.²⁴⁷

A *imparcialidade*, adotando-se a ampla definição proposta pela Resolução nº 125/10, é o “*dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho,*

²⁴⁶ Cf. GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 5 ed. New York: Aspen, 2007, p. 11.

²⁴⁷ Dentre os princípios elencados pelo Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/10 do CNJ, observa-se, de um lado, o princípio da imparcialidade (art. 1º, inciso IV); de outro, princípios como o da validação, do respeito à ordem pública e às leis vigentes, do empoderamento e da decisão informada (art.1º, incisos II, VI, VII e VIII), que exigem uma atuação mais ativa do conciliador. Reconhece-se que, como todo Código de Ética, os dispositivos são necessariamente limitados, nada impedindo que existam outros princípios aplicáveis ao terceiro facilitador. Cite-se que o artigo 166 do Novo CPC elenca os seguintes princípios como aplicáveis à conciliação e à mediação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Além disso, a própria natureza de alguns dos chamados princípios poderia ser questionada. Assim, por exemplo, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari entende que *empoderamento* e *validação* seriam técnicas adotadas por um modelo específico de mediação e não princípios éticos (Capacitação de conciliadores e mediadores. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 16). De todo modo, o que importa perceber é que, a partir do momento em que se atribui ao conciliador a obrigação de zelar pela validação, pelo respeito à ordem pública e às leis vigentes, pelo empoderamento e pela decisão informada, sua atuação não se limita a uma postura passiva, inerte e que dependa de provocação. Essa exigência de ação, porém, traz o risco subjacente de se violar o princípio da imparcialidade.

compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente”. Abrange, nesse sentido, o que alguns consideram como *neutralidade*, sendo adotada neste trabalho para referir-se tanto a uma como a outra.²⁴⁸

Christopher W. Moore²⁴⁹ destaca que a imparcialidade não necessariamente significa que o conciliador esteja separado das pessoas, do conflito ou das questões em que elas estão engajadas. Por isso, ressalta que o mais adequado seria referir-se a *multiparcial* ou *omniparcial*, no sentido de que o conciliador está envolvido com as partes e preocupado em como auxiliá-las a atingir um resultado satisfatório para ambas em relação às questões e aos interesses. Todavia, jungir a tensão distância/proximidade ao rótulo da *multiparcialidade* ou *omniparcialidade*, está longe de resolver o problema.

Em estudo sobre o tema, Ronit Zamir²⁵⁰ nota que a neutralidade do conciliador – que, dentro da posição ora adotada, está abrangida pela imparcialidade – é tida como algo auto-evidente, o que camufla a necessidade de discussão e análise. Segundo Zamir, normalmente a neutralidade do conciliador é tida como algo próximo à imparcialidade do juiz. No entanto, na conciliação, as partes possuem o controle do processo, o terceiro é neutro e sem poder decisório, e se busca uma solução que responda às necessidades das

²⁴⁸ Em sua redação original, havia ainda a previsão da neutralidade, que era então definida pelo hoje revogado §4º do artigo 1º como o “*dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles*”. De fato, tal como era conceituada, a neutralidade acabava por se confundir com a imparcialidade, uma vez que a manutenção da equidistância das partes estaria, de certo modo, abrangida na ausência de favoritismo, preferência ou preconceito. Entende-se, então, que a definição de imparcialidade adotada pela Resolução nº 125/10 é ampla o suficiente para abranger a neutralidade e nesse sentido é a adotada no presente trabalho. Dessa forma, ao se falar de imparcialidade em geral, a referência será tanto à neutralidade quanto à imparcialidade. Cabe referir a existência de posicionamento de Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, para quem a supressão do princípio da neutralidade foi uma “inadequação técnica”. Isso porque, para a autora, enquanto a imparcialidade se refere à atitude do conciliador/mediador em relação às partes, a neutralidade diz respeito ao conteúdo em si do tema afeto à conciliação/mediação, quer dizer, ao mérito do conflito. Segundo Luchiari, “a imparcialidade envolve a proibição de qualquer conduta por parte do conciliador/mediador que importe em favoritismo, preferência ou preconceito em relação ao tratamento de uma das partes, sendo vedada a aceitação de qualquer espécie de favor ou presente. Já a neutralidade impõe proibição ao conciliador/mediador consistente no ato de orientar ou mesmo formular sugestões quanto ao mérito da disputa, que de alguma forma interfira no resultado final da sessão, conferindo uma solução ao conflito segundo a sua própria escala de valores, ou seja, visa evitar que valores pessoais do conciliador/mediador interfiram no resultado” (Capacitação de conciliadores e mediadores, cit. p. 15). Embora a distinção sustentada pela autora seja pertinente, entende-se, como dito, que a redação original da Resolução nº 125/10 acabava por trazer traços de um conceito na definição do outro. Anote-se ainda o ensinamento de Christopher W. Moore, conforme o qual a *neutralidade* seria referente à ausência de relação prévia entre o terceiro facilitador e as partes ou, ao menos, ausência de uma relação que possa gerar benefícios diretos e significativos. Significaria ainda que o conciliador não espera obter nenhum benefício ou pagamento especial de uma das partes em compensação por favores prestados durante a condução do processo. Por sua vez, *imparcialidade* trataria da ausência de preconceitos ou preferências em favor de uma das partes, em relação a algum interesse ou no que tange a determinada solução que se esteja defendendo (*The Mediation Process: practical strategies for resolving conflict*, cit. p. 53).

²⁴⁹ *The Mediation Process: practical strategies for resolving conflict*, cit. p. 53

²⁵⁰ The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Vol.11, 2010-2011, p. 467-517.

partes. Além disso, o conciliador deve deixar, na maior medida possível, o controle na mão das partes e encorajá-las a se valer da autonomia, da possibilidade de escolha e da autodeterminação.²⁵¹ A diferença entre a neutralidade do conciliador e a imparcialidade do juiz, então, decorreria da natureza híbrida da conciliação.

Concorda-se com Ronit Zamir no sentido de que a imparcialidade do conciliador não é igual a do juiz que julga a causa. Entende-se que há uma imposição de proximidade na tarefa do terceiro que poderia ser confundida com parcialidade se fosse adotada por um juiz. De fato, o princípio da inércia impõe que, de ordinário, o juiz apenas atue por provocação das partes para que preserve a sua imparcialidade. O conciliador, em contrapartida, deve garantir sua imparcialidade justamente pela atuação, que por sua vez traduz-se em uma proximidade. É a partir dessa atuação que ele vai permitir a participação das partes. Ser imparcial, assim, está indissociavelmente relacionado a ser também próximo, como duas faces de uma mesma moeda.²⁵²

Conforme Zamir,²⁵³ tal tensão enfrentada pelo conciliador é derivada de dois conceitos éticos diferentes: a *ética da imparcialidade* (*ethic of impartiality*) e a *ética do cuidado* (*ethic of care*). O primeiro se traduz na exigência de um distanciamento em relação às partes em nome da justiça objetiva, criando a problemática distinção entre o processo e o conteúdo, e impedindo que o conciliador intervenha no conteúdo da disputa. Em contrapartida, o segundo representa responsabilidade em relação às partes e preocupação em relação às suas necessidades, manifestando-se na formação de uma relação pessoal com cada lado e na demonstração de empatia, envolvimento, compreensão e apoio – o que pode exigir que o conciliador intervenha no conteúdo da disputa.

Para Ronit Zamir, cada um dos conceitos legitima e desafia o outro. A ética da imparcialidade confere ao conciliador o prestígio de um juiz e o *status* de um especialista em resolução de disputas, ao passo que a ética do cuidado permite que o terceiro esteja em uma posição oposta à do juiz, colocando-se na arena do cuidado, da preocupação e da comunicação. Nesse sentido, a ética da imparcialidade aproxima a conciliação da lei e confere uma base de profissionalismo semelhante a do juiz ao conciliador. Por sua vez, a ética do cuidado não apenas nega a conexão com a lei, como procura estabelecer que se trata justamente da antítese disso, na medida em que se está diante de um processo em que

²⁵¹ The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality..., cit. p. 473.

²⁵² Retoma-se aqui a metáfora de Bernard Mayer no sentido de que o poder é a moeda do conflito (*The Dynamics of Conflict*, cit. p. 67).

²⁵³ The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality..., cit. p. 493-494.

indivíduos podem valer-se de autonomia e escolher com liberdade uma solução que se adequa às suas necessidades.

No entanto, segundo Zamir,²⁵⁴ esses dois aspectos podem levar o conciliador a apresentar uma ou outra face conforme as circunstâncias. Se as partes levantam suspeita de emprego de poder, justifica-se pela ética do cuidado; se elas alegam falta de profissionalismo, argumenta-se com a face da *expertise* e da imparcialidade. Só que o terceiro também pode pender para o lado severo e coercitivo da lei ou o lado humano da consideração e do cuidado na medida em que entenda adequado. Essa fluidez, em vez de utilizada para encobrir uma má prática, pode ser utilizada justamente para o oposto.²⁵⁵

Realmente, o que é necessário é um equilíbrio entre proximidade e distanciamento, entre o cuidado e a imparcialidade. Isso é tão mais relevante quando se pensa em situações de notório desequilíbrio de poder entre as partes. Como salienta Zamir,²⁵⁶ essas situações representam um desafio especial ao conciliador, na medida em que deixar total controle sobre o resultado na mão das partes pode prejudicar a justiça do processo e resultar em um acordo que negligencia a parte mais fraca. Em contrapartida, adotar práticas para fortalecer a parte mais fraca pode ser percebido pela outra parte como uma infração em relação ao dever de ser equidistante.

De um lado, manter-se sempre distante pode fazer com que a situação de desequilíbrio seja agravada, em vez de minimizada. De outro, aproximar-se demais pode fazer aflorar preconceitos e levar a uma atitude de imposição, de substituição da vontade das partes, o que igualmente deve ser evitado.

Embora a medida dessa aproximação dependa muito da percepção do conciliador de acordo com as circunstâncias concretamente apresentadas, entende-se que é possível

²⁵⁴ The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality..., ct. p. 499.

²⁵⁵ Ronit Zamir defende tal possibilidade, valendo-se da ideia de uma parcialidade igualitária (*equal partiality*) que permitiria dar voz aos menos favorecidos na desconstrução e reconstrução de uma nova narrativa (ibid., especialmente p. 500-504 e p. 516). Tal linha de raciocínio explicitamente é associada ao modelo narrativo, ainda que apresente críticas a certos aspectos desse mesmo modelo. A síntese de sua proposta é assim apresentada nas conclusões de seu artigo (ibid., p. 516): “The ethic of equal partiality embodies relations of mutual challenge between impartiality and care. The mediator is no longer an expert observing the dispute from nowhere, but is obliged to acknowledge his personal point of view and to show openness toward new viewpoints that are different from his opinion. Such a mediator aspires to see the unique faces of all participants, to listen to their personal stories, and to encourage a process of reflective narration that will enrich each party’s original story with new meanings. This process may advance a dialogue that embodies principles of thick procedural justice, because it has the power to enable the stories of parties from disadvantaged groups, who up to now have not gained attention, to pave their way, perhaps for the first time, to the discussion table”. No presente estudo, porém, reputa-se que, diante de um conflito em geral pontual como o previdenciário, é inócuo um empenho mais profundo nos movimentos de desconstrução e reconstrução da narrativa.

²⁵⁶ Ibid., p. 486.

estabelecer um limite: a aproximação se justifica na medida em que for necessária para a garantia da decisão informada.

3.5. A decisão informada como limite da proximidade

Para que seja garantida a base adequada de poder, sobretudo em situações de notório desequilíbrio, salientou-se a importância da ação do conciliador, atuando de maneira dinâmica entre a proximidade e o distanciamento das partes. O limite dessa atuação é a percepção de que as partes podem tomar uma *decisão informada*.

Observa-se que o conceito de *decisão informada* possui dois componentes: *decisão* e *informada*. Em meios consensuais, a decisão traduz-se no consenso das partes no que se refere a determinado resultado. Para que tal consenso seja legítimo, porém, cabe adicionar que a decisão das partes precisa ser baseada em um grau de conhecimento suficiente, isto é, o consenso deve ser informado.²⁵⁷ No caso de conflitos previdenciários, por exemplo, a decisão informada implica que o indivíduo saiba o quanto se está renunciando e também tenha consciência de que o INSS provavelmente irá perder caso se aguarde uma decisão judicial.

Assim sendo, os dois componentes da decisão informada se inter-relacionam: se as partes não forem suficientemente informadas, o consenso que obtiverem em relação ao resultado é suspeito. Isso implica não apenas receberem informações propriamente ditas, mas também serem educadas acerca de uma maior compreensão que promova a tomada de decisão autônoma.²⁵⁸ Desse modo, as partes precisam compreender o que significa participar voluntariamente da conciliação, como o processo conciliatório opera e o que significa chegar a um acordo.²⁵⁹

Ocorre que a conciliação pode envolver uma série de arranjos, indo desde litigantes habituais sofisticados até partes iletradas não assistidas por advogados. Nesse ponto, em

²⁵⁷ A decisão informada é associada ao que a doutrina norte-americana entende por *informed consent*. Em relação a este aspecto, o presente trabalho vale-se, sobretudo, do ensinamento de Jacqueline Nolan-Haley, para quem o conceito de *informed consent* é composto de dois elementos: *disclosure* e *consent* (Informed Consent in Mediation..., cit. p. 778.). No entanto, considerando a multiplicidade de significados que pode assumir a palavra *disclosure*, nem todos desenvolvidos neste estudo, preferiu-se valer-se da tradução do termo como *informação* e *informada* e não como *revelação*, ainda que com as ressalvas que são feitas no decorrer do item.

²⁵⁸ Em outros termos, aqui *informar* não deve ser tomado apenas como *fornecer informações*, mas também como propiciar uma compreensão mais ampla das partes acerca da situação em que envolvidas. Em sentido próximo, embora utilizando o termo *disclosure*, Jacqueline Nolan-Haley afirma: “disclosure is not simply about informing, but about educating parties toward greater understanding” (ibid., p. 813).

²⁵⁹ Ibid., p. 779.

uma posição consentânea com a premissa aqui adotada da instrumentalidade metodológica, Nolan-Haley²⁶⁰ afirma que uma

teoria consistente da decisão informada deve diferenciar as exigências de informação e consenso baseada na disparidade de fatores e de condições humanas. Isso exige uma compreensão não apenas do sentido substantivo do princípio da decisão informada, mas também das práticas que se adota em todos os arranjos em que o processo conciliatório ocorre.

É sob tal perspectiva que a ideia de decisão informada é adotada no presente trabalho, ou seja, relacionando-a não apenas com a atividade do conciliador leigo, mas também com a própria organização de um procedimento conciliatório ou com o desenvolvimento de uma política pública voltada à conciliação. As exigências de informação e consenso, em todos os casos, variam conforme as características do conflito apresentado.

Nesse sentido, Jacqueline Nolan-Haley propõe uma abordagem contextualizada do princípio da decisão informada, a partir de um modelo de escala móvel (*sliding-scale model*). Isso significa que a quantidade de informação depende do local em que realizada a conciliação, da voluntariedade do consenso das partes, da existência de representação. Nessa linha de raciocínio, partes sem advogados precisam de mais informação do que partes representadas. Se os tribunais exigem que partes sem representação participem do procedimento conciliatório, elas devem possuir um conhecimento básico de seus direitos para que a justiça seja preservada.²⁶¹ Prosseguindo no raciocínio, justifica-se a adoção de um procedimento conciliatório que propicie maiores oportunidades de esclarecimento à parte mais fragilizada, bem como uma atuação interinstitucional que permita o

²⁶⁰ Informed Consent in Mediation..., cit. p. 779-80, em tradução livre. No original: “A sustained informed consent theory in mediation should differentiate disclosure and consent requirements based on these disparate factors and human conditions. This requires an understanding, not just of the substance of the principle of informed consent, but of the practices that foster it in all the settings in which mediation occurs”.

²⁶¹ Ibid., p. 780. Mais adiante, após tratar dos diversos níveis do que chama de *disclosure*, a autora resume sua posição da seguinte maneira: “Beyond these baseline levels of disclosure, I propose a sliding-scale model of informed consent disclosures. This suggests a contextual approach that examines the location of mediation, voluntariness of the parties’ participation, and their representational status. Careful consideration of a mediation’s location helps to determine the parties’ reasonable expectations for the mediation process, the kinds of disclosure that meets those expectations, and the level of consent necessary to respect the values served by informed consent. Under a sliding-scale model of informed consent disclosures, the mediator’s additional informed consent responsibilities correspond to the degree to which parties participate in mediation voluntarily and to whether they are represented by counsel. Parties who are represented by attorneys and who voluntarily choose to mediate are significantly different situation than unrepresented parties who required to mediate” (Ibid., p. 827).

estabelecimento de um canal de comunicação efetivo entre um grande litigante e o indivíduo.

Como salienta Jacqueline Nolan-Haley,²⁶² a tendência é tratar os requisitos da decisão informada com base em regulamentações que se aplicariam em quaisquer situações (premissa de que *one-size-fits-all*), quando deveria ser dada mais atenção ao contexto. De fato, as exigências de informação e de consenso deveriam ser adaptadas de acordo com as necessidades das partes.

Assim sendo, permite-se o estabelecimento de um paralelo entre os conceitos apresentados. Uma maior proximidade em relação às partes e uma maior interferência justificam-se até o limite exigido para a tomada da decisão informada.

3.6. Parâmetros gerais de atuação do conciliador de conflitos previdenciários

Partindo da ideia de escala móvel, acredita-se, então, que a atuação do terceiro facilitador dependa mais uma vez do conflito apresentado. Já se afirmou que o desequilíbrio de poder entre indivíduo e o INSS, associado ao fato de ser um conflito pontual, presume uma adequação da conciliação – e não da mediação – para o tratamento dos conflitos previdenciários.²⁶³

No mesmo sentido, pressupõe-se que um maior grau de interferência seja exigido para que o indivíduo possa tomar uma decisão informada na conciliação com o INSS. De fato, a tarefa de educar o indivíduo quanto aos seus direitos e mesmo zelar por um balizamento mínimo no conteúdo do acordo, somando-se ao fato de se tratar de casos submetidos ao Judiciário, faz com que os princípios ligados à ética do cuidado sejam interpretados no sentido de implicar uma atuação incisiva e ativa do conciliador.

Em contrapartida, se o conflito fosse mais bem tratado pela mediação, a conclusão seria diversa. Nesse caso, a ponderação dos princípios tenderia para uma atuação que privilegiasse o distanciamento do mediador. Mesmo o respeito às leis vigentes e à ordem pública, por exemplo, poderia ser interpretado de uma maneira mais liberal, permitindo o surgimento de opções criativas e capazes de levar a uma justiça mais individualizada.²⁶⁴ Significa dizer que, na mediação, o conteúdo do acordo pode afastar da lei vigente tomada

²⁶² Informed Consent in Mediation..., cit. p. 824.

²⁶³ Vide Capítulo 1, sobretudo item 1.5, *supra*.

²⁶⁴ O argumento é baseado no ensinamento de Aya Yamada (ADR in Japan: Does the New Law Liberalize ADR from Historical Shackles or Legalize it? 2 *Contemp. Asia Arb. J.* 2009, p. 16).

em sentido literal, impondo uma leitura mais flexível do disposto no inciso VI do artigo 1º do Código de Ética da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Na realidade, tanto a mediação como a conciliação valorizam que se preserve a autodeterminação das partes, significando que cabe às partes decidirem por si mesmas a melhor forma de lidar com o conflito. Para o tratamento de um conflito mais complexo e em que a manutenção da relação das partes é importante, é natural que se opte por uma atitude menos invasiva do terceiro e que permita um maior aprendizado dos envolvidos no que se refere a como enfrentar problemas futuros que possivelmente existirão. O suposto distanciamento do mediador nada mais é que uma forma de se privilegiar a proximidade das partes.

Por sua vez, para o tratamento de um conflito pontual e objetivo entre partes que não se conheciam antes e que não pretendem iniciar uma relação duradoura futura, admite-se uma atitude mais incisiva do terceiro. Isso porque o que interessa às partes é menos o restabelecimento ou manutenção da relação que a resolução do impasse existente. O que se quer é justamente encerrar da melhor maneira possível a relação existente. Ninguém pretende se envolver novamente com a mesma pessoa em um novo acidente de trânsito, nem figurar eternamente como autor ou réu em uma demanda em que se discuta uma compra de uma única mercadoria com defeito. Essa atuação permite, ainda, uma interferência maior na dinâmica de poder existente, o que se mostra útil em situações de notório desequilíbrio. Desse modo, a suposta proximidade do conciliador nada mais é que uma forma de se lidar com uma afinidade entre as partes que se reputa impossível (por conta do desequilíbrio) e/ou desnecessária (por ser tratar de uma relação pontual) diante do conflito apresentado.

Nesse contexto, discorda-se que, diante da desigualdade manifesta, o conciliador deva se omitir, escondendo-se sob o argumento de que a decisão compete às partes. Da mesma forma, refutam-se orientações que pregam uma atitude quase assistencialista do conciliador em relação à parte tida por mais fraca, agindo como se advogado fosse ou, em sentido oposto, que sustentam uma aproximação desmesurada em relação ao grande litigante.²⁶⁵ De fato, a atuação mais incisiva do conciliador, consubstanciada na possibilidade de estar mais próximo das partes e sugerir soluções ao conflito, só se justifica

²⁶⁵ Esse último aspecto será mais bem tratado no capítulo 6 que aborda a posição do Judiciário como instituição.

na medida do necessário. Como salientado, a possibilidade de sugerir não significa imposição de apresentar sugestões.

Assim sendo, a decisão informada implica que o consenso seja legítimo, na medida em que a quantidade de conhecimento das partes seja suficiente. Deve haver uma escala móvel (*sliding-scale model*), para continuar com a teoria de Nolan-Haley,²⁶⁶ de maneira a evitar uma interferência maior do que a necessária. Desse modo, a exigência de imparcialidade não deve ser vista a partir de posições absolutas de tudo ou nada. No caso de um conflito previdenciário em que o desequilíbrio de poder em favor do INSS seja confirmado, e que a parte não possua condições de obter os elementos para tomada consciente da decisão de outra forma, é defensável que haja uma maior interferência do conciliador.²⁶⁷ Sempre conforme a situação concreta, a ética da imparcialidade deve caminhar conjuntamente com a ética do cuidado.

3.7. Síntese

O conciliador pode ser definido, em termos amplos, como o terceiro facilitador que atua na relação existente entre duas ou mais partes em conflito, de maneira a facilitar a comunicação entre elas e possibilitar eventual solução consensual, e que, embora não possua poder decisório direto, pode apresentar sugestões para o deslinde da controvérsia. A amplitude do conceito e os diversos papéis desempenhados justificam a divisão em conciliador leigo, juiz conciliador e Judiciário como conciliador interinstitucional. Em qualquer das categorias, porém, persiste a possibilidade de intervir sem que se permita a realização de um julgamento. Desse modo, a maior interferência do conciliador está limitada à garantia da tomada da *decisão informada* pelas partes, o que é possível a partir do respeito ao *devido processo legal mínimo*, que contribua para a formação de uma *base adequada de poder*. Assim, a *base adequada de poder* pode ser conceituada como o

²⁶⁶ Informed Consent in Mediation..., cit. passim. Como salientado, a autora propõe um conceito operativo da decisão informada que se baseia em uma escala móvel (*sliding-scale model*). Entende-se, porém, que a ideia de escala móvel pode igualmente ser utilizada de modo mais amplo, propondo-se uma atuação diferenciada que se amolde a cada conflito concretamente apresentado.

²⁶⁷ Segundo Jacqueline Nolan-Haley, tratando da neutralidade em proposição que se aplica ao conceito amplo de imparcialidade adotado no presente trabalho: “In my view, we should not approach this issue as a question of absolutes. As Sara Cobb and Janet Rifkin have observed, there are degrees of neutrality in mediation. Perhaps the real question should be: when is absolute neutrality called for and when is a modified approach preferable? I argue that when court programs require unrepresented parties to enter the mediation process, fairness demands that these parties know their legal options before making final decisions in mediation. A modified approach to mediator neutrality permits mediators to employ an *informative* decisionmaking model and give unrepresented parties such information” (ibid., p. 837).

conjunto de condições necessárias para que as partes, quando participantes de um procedimento consensual, tomem uma *decisão informada*. Tais condições podem ser extraprocessuais e processuais, sendo estas últimas associadas à ideia de respeito ao *devido processo legal mínimo*. Por sua vez, diante da premissa de que ao conciliador é permitida uma maior intervenção, cabe-lhe intervir o quanto necessário para que o consenso seja legítimo, ou seja, para que haja uma *decisão informada*. Para tanto, deve atuar de acordo com o modelo de escala móvel, tomando como referência as peculiaridades do caso concreto. É nesse espaço que se desenvolve o movimento de proximidade (*ética do cuidado*) e distanciamento (*ética da imparcialidade*) que caracteriza a atuação do conciliador.

Tal movimento é percebido em diversos momentos ao longo do procedimento conciliatório, indo desde a escolha do método consensual, passando pelo papel desempenhado durante a tentativa de conciliação, até a revisão do acordo. Ocorre que a possibilidade de atuação em cada um desses momentos nem sempre é conferida ao mesmo terceiro. De fato, a escolha do método consensual, como regra, é atribuída ou ao juiz ou ao Poder Judiciário institucionalmente considerado. Além disso, se o conciliador leigo tem ampla atuação durante a sessão de conciliação, é certo que pouca atividade exerce quando da revisão de um acordo firmado.

Desse modo, procura-se analisar em seguida a postura que se espera do conciliador de conflitos previdenciários em cada uma das três espécies: o *conciliador individualmente considerado*, o *juiz conciliador* e o *Judiciário como conciliador interinstitucional*.

CAPÍTULO 4: O CONCILIADOR LEIGO

O conciliador leigo é o indivíduo que atua durante uma sessão de conciliação, sendo a face mais visível para as partes em conflito. A tensão entre ética do cuidado e ética da imparcialidade vista no capítulo anterior lhe é apresentada diuturnamente em cada uma das sessões que preside. Natural, então, que se inicie pelo seu estudo para que se possa explicitar a tese de que existem parâmetros mínimos de atuação necessários para que seja resguardada a tomada de uma decisão informada pelas partes e que, assim, podem ser inseridos na ideia de formação de uma base adequada de poder mediante o respeito ao devido processo legal mínimo.

Por motivos metodológicos, elege-se o momento da sessão ou audiência de conciliação como marco temporal central.²⁶⁸ De fato, é nesse momento que vai existir o contato entre as partes e que eventual acordo poderá ser atingido. Ausente a sessão, não há sequer a atuação do conciliador leigo.²⁶⁹

Ainda que a sessão de conciliação seja o ápice da conciliação, o antes e o depois também merecem ser analisados. Isso porque, para que a conciliação em conflitos previdenciários seja adequada, entende-se que também deve se atentar para a postura exigida do conciliador na organização prévia e na fase posterior à eventual acordo.

Desse modo, o estudo do papel do conciliador leigo é dividido em antes, durante e depois da sessão de conciliação, sendo tal divisão repetida ao se tratar do juiz conciliador e do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional. Assim, acredita-se que é possível tanto analisar a conduta de cada espécie de conciliador como comparar a diferença entre as atuações em cada fase.

Iniciando pelo conciliador individualmente considerado, nota-se que sua atuação ocorre, sobretudo, durante a sessão, sem que se ignore a necessidade de uma preparação prévia e de um cuidado posterior.

²⁶⁸ *Sessão de conciliação e audiência de conciliação* são usados como sinônimos no decorrer do trabalho. Não se desconhece, porém, que alguns preferem reservar o termo *audiência* para casos em que há a participação do juiz durante a tentativa de conciliação.

²⁶⁹ Isso não significa que não possam existir procedimentos conciliatórios em que não se prevê o momento da sessão de conciliação. Tal modelo é apontado – e criticado – no capítulo seguinte, especialmente no item 5.1.1, *infra*.

4.1. Antes da sessão de conciliação: a capacitação prévia, a preparação do ambiente e a análise prévia do conflito

De ordinário, quando o conciliador leigo atua em um processo previdenciário, já houve uma prévia opção de encaminhando à conciliação. De fato, o desenho procedimental traçado pelo juiz, os contatos interinstitucionais feitos pelo Judiciário, a própria presença do conciliador na mesa (em vez de um juiz ou da negociação direta entre as partes): todas foram decisões e opções prévias realizadas por outros que não o conciliador propriamente dito. Não por acaso, boa parte dessa fase prévia é atribuída ao juiz conciliador²⁷⁰ e ao Judiciário como conciliador interinstitucional.²⁷¹ O protagonismo do conciliador, realmente, está no decorrer da tentativa de conciliação, ou seja, no durante.

Ainda assim, antes do início da sessão, alguns cuidados merecem ser tomados pelo conciliador. Em primeiro lugar, é necessário que haja a devida capacitação, tanto para a conciliação em geral como para a conciliação em conflitos previdenciários em específico. Além disso, quando designado para atuar em conciliações previdenciárias, o conciliador deve zelar para que o ambiente em que atue esteja adequadamente preparado. No mais, antes do início da sessão, reputa-se relevante que o conciliador já conheça os contornos gerais do caso que irá atuar, tendo realizado uma análise prévia do conflito.

4.1.1. A capacitação em conflitos previdenciários

Entende-se que o conciliador deve ser devidamente capacitado antes de iniciar sua atividade.²⁷² Embora se concorde com o estabelecimento de critérios mínimos pelo Conselho Nacional de Justiça, entende-se relevante que haja a diversidade de orientações e pensamentos, preservando-se a pluralidade própria do estudo dos meios consensuais. Por isso, rejeita-se a imposição de um modelo rígido único a ser indistintamente aplicado em todo o território nacional, sendo possível que cada Tribunal, respeitados os critérios mínimos do CNJ, decida qual forma de capacitação pretende adotar.²⁷³ Tal escolha é institucional, mas possui reflexos diretos na atuação do conciliador.

²⁷⁰ Vide Capítulo 5, *infra*.

²⁷¹ Vide Capítulo 6, *infra*.

²⁷² Carla Zamith Boin Aguiar considera a capacitação tão importante ao ponto de distinguir a conciliação entre sem e com capacitação, dando visível preferência a essa última (*Mediação e Justiça Restaurativa: a Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais*. São Paulo. Quartier Latin, 2009, p. 86-94).

²⁷³ Para uma crítica da Emenda nº 1 à Resolução nº 125 do CNJ, por entender ter havido a inadequada imposição de um modelo único de capacitação, vide LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Capacitação de conciliadores e mediadores, cit. p. 7-22.

De todo modo, a diversidade não impede que se estabeleçam dois módulos básicos: um teórico e outro prático. O módulo teórico envolve tanto a apresentação de um conteúdo mínimo, como a indicação de obras para leitura e a realização de simulações. Já o módulo prático consiste em estágios supervisionados, em que o aluno possa atuar, sucessivamente, como observador, coconciliador e conciliador.²⁷⁴

Apesar das discussões acerca da capacitação serem inúmeras, interessa para o trabalho pontuar um aspecto do conteúdo mínimo teórico. De maneira mais específica, acredita-se que, além de noções gerais sobre meios consensuais, é importante para o conciliador que atue em conflitos previdenciários tenha algum conhecimento jurídico.

Sobre o tema, Érica Barbosa e Silva²⁷⁵ considera adequado o curso de formação de conciliadores que, em sua fase teórica, agrega uma parte comportamental e outra jurídica. A parte comportamental traria ensinamentos sobre conhecimentos básicos de comunicação, percepção, criatividade, ética, gestão de conflitos, bem como sobre estratégias de negociação. Já a parte jurídica deveria “englobar aspectos gerais, permitindo, ainda que brevemente, uma noção dos institutos relacionados ao desenvolvimento do mister”.

Defende-se que, no caso dos conflitos previdenciários, além de conhecimentos jurídicos acerca da função de conciliador (por exemplo, princípios, vedações, direitos, etc.), deva haver também lições básicas de direito processual (especialmente acerca competência da Justiça Federal) e da seguridade social.²⁷⁶

Tal posicionamento pode soar contraditório, pois seria natural que, em um mecanismo de solução de conflitos que valoriza a busca de soluções pelas partes, fossem

²⁷⁴ Cf. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Capacitação de conciliadores e mediadores, cit. p. 11-12.

²⁷⁵ *Conciliação Judicial*, cit. p. 287-288.

²⁷⁶ Nesse sentido, no final de 2013, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por meio do Gabinete de Conciliação, com auxílio do autor do presente trabalho, apresentou material ao Conselho Nacional de Justiça em que se destacou a relevância de se acrescentar os seguintes aspectos nos cursos de formação de conciliadores para a Justiça Federal: “**Contextualização da Justiça Federal:** apresentação em linhas gerais, da competência da Justiça, notando que, como regra, os casos envolvem um litigante habitual (INSS, União, CEF, etc.) versus um litigante eventual (segurado, executado, mutuário, etc.). De fato, a conciliação na Justiça Federal não pode ignorar a participação de litigantes habituais. **Barreira para conciliação:** superação dos motivos normalmente levantados como obstáculos para a conciliação com o Poder Público, dando ênfase à questão da releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público. **Reunião institucional:** dada a presença de um litigante habitual, cabe ao Poder Judiciário promover tratativas institucionais com os órgãos públicos envolvidos, seja no sentido de promoverem sessões de conciliação concentradas, seja no sentido de ampliar as matérias cuja conciliação é autorizada. **Experiências da Justiça Federal:** apresentação de experiências concretas, de modo a permitir uma melhor compreensão de como a conciliação vem sendo realizada. **Conhecimento mínimo do direito material:** reputa-se ser conveniente que o conciliador possua noções mínimas do direito material aplicável nas conciliações, tanto para prestar eventuais esclarecimentos – que não se confundem com orientações – como para auxiliar na redação do termo de acordo.” (informação pessoal).

ênfatizados o discurso e a relação dos envolvidos. Assim, as normas aplicáveis seriam secundárias em relação ao que as partes consideram com justo. No entanto, não é isso o que costuma ocorrer, havendo estudos que indicam que as narrativas da relação recebem um tratamento inferior às narrativas das regras mesmo em práticas consensuais.²⁷⁷

Essa primazia da linguagem das normas causa dificuldades para participantes de grupos em desvantagem, que apenas superficialmente recebem a chance de participar de um processo.²⁷⁸ De fato, no caso dos conflitos previdenciários, é comum que os indivíduos nem mesmo saibam o significado de conceitos basilares da legislação, como *carência*, *qualidade de segurado* ou *período de graça*, entre tantos outros exemplos.

Como salientado, o conceito de conciliação baseia-se na possibilidade – e não na imposição – de o conciliador apresentar opções para solução do conflito existente entre as partes.²⁷⁹ Se é assim, torna-se natural que, para apresentar as opções, o conciliador deva ele próprio possuir alguns conhecimentos básicos acerca do processo e do direito previdenciário. Além disso, ao auxiliar na redação do termo, algum conhecimento jurídico mostra-se igualmente pertinente.

Reconhece-se que tal afirmação pode causar estranheza, na medida em que, em geral, enfatiza-se que não é necessária formação jurídica para que alguém seja capacitado como conciliador. Indo mais além, é muito destacada a importância do conhecimento interdisciplinar na formação do conciliador, mitigando-se a primazia que se costuma atribuir ao direito.

Mesmo assim, retomando a ideia de que o procedimento conciliatório deve ser adequado ao conflito que se pretende tratar, sendo tal adequação baseada na instrumentalidade metodológica, tem-se que não se pode ignorar que os conceitos de direito previdenciário costumam ser de difícil compreensão. Por isso, para ser um facilitador, o conciliador deve antes ter conhecimentos, mesmo que mínimos, da matéria.

Com isso, reconhece-se, como Bryan Clark,²⁸⁰ que a realidade é que a conciliação, em muitos contextos, tornou-se mais infundida com a lei e as normas legais. Como salienta Clark na mesma passagem, no contexto de programas vinculados aos tribunais, é possível

²⁷⁷ Esse é o posicionamento de Sara Cobb e Janet Rifkin (*apud* ZAMIR, Ronit. *The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality...*, cit. p. 496).

²⁷⁸ Cf. ZAMIR, Ronit. *The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality...*, cit. p. 497.

²⁷⁹ Vide Capítulo 1, item 1.4, *supra*.

²⁸⁰ *Lawyers and Mediation*, cit. p. 95.

afirmar que, assim como os advogados necessitam de treinamento em técnicas conciliatórias, os não-advogados devem receber alguma educação jurídica.

É certo que a escolha do conteúdo do curso, da forma como será ministrado e de quem serão os instrutores, são todas decisões institucionais que fogem à atribuição do conciliador propriamente dito.²⁸¹ No entanto, o que se destaca é que, antes do início da sessão, o pressuposto é que o conciliador possua capacitação necessária para atuar em conflitos previdenciários, o que envolve um conhecimento jurídico da matéria, ainda que mínimo.

4.1.2. Aspectos físicos ou ambientais

Por aspectos físicos ou ambientais, entende-se o conjunto de elementos materiais que auxiliam no desenvolvimento da conciliação, tais como o local de espera, as cadeiras, as mesas, os computadores, etc. Apesar de parecerem secundários, é relevante observar que a linha de abordagem adotada considera todo o contexto em que se desenvolve a conciliação, abrangendo tanto a natureza do conflito como o local em que se insere. Não se pode desconsiderar, assim, que se está tratando de uma conciliação judicial. Além de gerar uma maior preocupação com a justiça do caso, como visto no primeiro capítulo,²⁸² a realização da conciliação em ambiente judicial ou sob a supervisão do Judiciário faz com que se imagine a sessão da conciliação como um equivalente à audiência de instrução e julgamento, tomando-se muitas vezes o conciliador como juiz da causa.

Assim sendo, é importante que se crie um ambiente que facilite a compreensão de que se trata de um procedimento consensual e não adjudicatório. Muito da organização física depende do gestor do programa de conciliação, como a confecção e distribuição de panfletos, a utilização de vídeos explicativos, a disponibilização de mesas redondas, entre outros. Apesar disso, é o conciliador que pode, dentro do ambiente e das condições físicas que lhe são oferecidas, zelar para que as partes tenham a percepção tanto de que estão

²⁸¹ Por isso, é importante que o Judiciário dê a devida atenção à escolha, formação e capacitação de conciliadores, especialmente no que se refere àqueles que irão atuar em conflitos que podem envolver questões jurídicas complexas como as ações previdenciárias. Concorde-se com Jacqueline Nolan-Haley no sentido de que se deve conferir atenção especial acerca de como treinar conciliadores para assistir partes sem advogados (Informed Consent in Mediation..., cit. p. 837). Deve-se questionar ainda até que ponto conciliadores sem formação jurídica podem ser escolhidos para atuarem em conflitos previdenciários.

²⁸² Vide item 1.5, *supra*.

participando de um método não-adjudicatório de solução de conflitos como também que não há um favorecimento para qualquer dos lados.²⁸³

No material organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, dá-se grande ênfase ao posicionamento das partes na mesa, ressaltando a necessidade de se criar uma disposição não-adversarial, colocando as partes em posição não antagônica. Destaca-se que o mediador, em fala aplicável ao conciliador, deve se posicionar de modo equidistante em relação às partes. Chega-se a ilustrar a disposição das partes em mesas redondas, retangulares e sem o emprego de mesa, dando-se evidente preferência à primeira.²⁸⁴

No que se refere a conflitos previdenciários, entende-se que, também no preparo do ambiente, a diretriz geral de manutenção de equidistância deve ser ponderada com a proximidade muitas vezes exigida para o estabelecimento da base adequada de poder.

Desse modo, rejeita-se o engessamento do posicionamento fixo das mesas. De fato, caso o conciliador perceba que há um notório desequilíbrio de poder, decorrente, por exemplo, da presença de mais de um procurador federal representando o INSS, sem a presença de um advogado da outra parte, nada impede que haja uma maior proximidade física do conciliador para o lado do indivíduo, tomando-se o evidente cuidado que isso não se transforme em uma parcialidade que não pode existir. Assim, a alteração do lugar na mesa, com breves aproximações ao local em que está o segurado pode, dependendo do caso, ser uma alternativa adequada. O posicionamento fixo do conciliador como se estivesse presidindo uma audiência pode gerar uma similitude com o modelo adjudicatório que se pretende evitar. O importante, mais uma vez, é deixar de pensar em modelos estáticos.

Tratando-se de um grande litigante habitual, é importante recordar a observação de Marc Galanter²⁸⁵ de que uma das vantagens do INSS seria a oportunidade de desenvolver relações informais facilitadoras com os operadores institucionais. Tais relações devem ser monitoradas e avaliadas com cautela pelo Poder Judiciário.²⁸⁶ Além disso, em suas

²⁸³ No Manual de Mediação Judicial do CNJ trata-se do tema sob o nome de “qualidade ambiental”, afirmando-se que: “Quanto à qualidade ambiental – relacionada ao espaço físico destinado ao atendimento das partes – uma parcela desse planejamento é de responsabilidade do gestor do programa que deve providenciar um ambiente compatível com os importantes debates que ali ocorrerão. Por outro lado, ao mediador cumpre se certificar que a sala está disposta de maneira a transmitir ao usuário a mensagem de que ‘nós provedores do serviço, apreciamos sua vinda e nos importamos com as questões que estão sendo trazidas à mediação’”. (AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 110-111).

²⁸⁴ Ibid., p. 114-118.

²⁸⁵ Why the ‘Haves’ Come out Ahead..., cit. p. 98-103.

²⁸⁶ A ideia é desenvolvida no Capítulo 6, em especial no item 6.3, *infra*.

atuações, o conciliador deve evitar o preparo de um ambiente que possa ser visto como de favorecimento do grande litigante.

Nas configurações rotineiramente utilizadas, um mesmo representante do INSS atua em seguidas conciliações, em regime de mutirão.²⁸⁷ Isso faz com que seja comum uma proximidade entre conciliador e representante do INSS prévia à sessão de conciliação, estabelecendo-se uma relação informal. É comum que, quando da chegada da parte autora, conciliador e representante do INSS já estejam à mesa, não raro conversando animadamente.²⁸⁸

Para que não haja essa imagem de favoritismo, é importante que o conciliador não apenas se mantenha imparcial como também pareça imparcial. As estratégias são variadas, como se dirigir à parte ainda no local da espera e encaminhá-la em conjunto até a mesa em que está o representante do INSS, evitar conversar com o procurador federal no momento de aproximação da outra parte, entre outras. Cabe ao conciliador evitar também qualquer sinal que possa confundir as partes em relação à isenção do Judiciário.²⁸⁹

Embora exemplificativos, tais cuidados com os aspectos físicos ou ambientais indicam como a criação da base adequada de poder, a partir do equilíbrio entre proximidade e distanciamento, não se limita à sessão de conciliação ou à fala do conciliador, abrangendo aspectos não-verbais prévios que não podem ser desconsiderados.

4.1.3. A análise preliminar do conflito

Compreende-se que, em alguns tipos de conflito, não se recomenda que o terceiro facilitador saiba de antemão o que se discute no processo judicial subjacente e que ensejou a tentativa de solução consensual. Em uma mediação familiar, por exemplo, o conhecimento prévio do conciliador acerca do processo judicial pode comprometer sua atividade de auxiliar na construção das normas mais adequadas pelas próprias partes em

²⁸⁷ Há inúmeras divulgações pela imprensa desses regimes de atuação concentrada, em que milhares de conciliações com o INSS são feitas em poucos dias. Vide, por exemplo, a realização de 213 conciliações com o INSS em Itapeva/SP entre os dias de 1 a 3 de outubro de 2013 (disponível em: <http://migre.me/ng8FR>; acesso em: 05 jul.2014).

²⁸⁸ A ideia de que, quando se chega à mesa, o representante do grande litigante já está lá sentado, foi baseada na apresentação de Marcella Araujo da Nova Brandão na I Conferência Nacional de Conciliação & Mediação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário, em Brasília, no dia 28 de junho de 2013. Na ocasião, a palestrante se referiu à ocorrência de circunstância idêntica em conciliações com a Caixa Econômica Federal (informação verbal).

²⁸⁹ Em um exemplo mais amplo, entende-se que devem ser evitados materiais como calendários fornecidos por grandes litigantes contendo os nomes das instituições, como costuma acontecer em relação à Caixa Econômica Federal, ou mesmo canetas com o logotipo de um escritório de advocacia.

conflito. Isso pode gerar ainda uma limitação ao objeto da lide que pode ser danosa em casos em que se pretenda a análise do conflito e da relação das partes em profundidade. Assim, por exemplo, limitar a discussão de ação de guarda ao alegado nos autos pode mascarar uma discussão necessária sobre aspectos mais profundos da relação entre os pais, restringindo-se à ponta do *iceberg*.²⁹⁰

Entende-se, porém, que em casos de conflitos previdenciários, ou seja, conflitos pontuais em que há um balizamento mínimo do conteúdo do acordo em relação ao respeito à ordem pública,²⁹¹ tal conhecimento se mostra necessário. De fato, reputa-se adequado que o conciliador sabia antecipadamente algumas características do processo objeto de tentativa de conciliação. É relevante que saiba, por exemplo: qual a qualificação da parte que está litigando com o INSS; se há ou não advogado a representando nos autos; se sua condição exige a participação obrigatória do Ministério Público por se enquadrar em alguma das hipóteses do artigo 178 do Novo CPC;²⁹² se houve a adequada intimação de todos aqueles que devem participar do procedimento conciliatório; se, em casos de benefícios por incapacidade, foi constatada uma moléstia grave ou contagiosa que exija cuidados especiais na acomodação na mesa. Referida análise prévia permite guiar sua conduta de maneira mais ou menos interventiva conforme o caso.

Além disso, dentro da premissa da instrumentalidade metodológica que se adota, seria contraditório defender que o modelo de desequilíbrio de poder entre autor e INSS seja invariável. Como salientado, embora possa ser tomada como pressuposto, uma vez que baseada em elementos fáticos e estatísticos da realidade brasileira, essa disparidade é uma presunção relativa. De fato, há casos de autores com alto grau de instrução que buscam obter ou revisar benefícios de valores elevados. É o que pode ocorrer,

²⁹⁰ A menção ao conflito como um todo (*iceberg*) em relação ao qual o processo judicial somente enfocaria uma parte (a ponta), é outra constante em obras didáticas sobre mecanismos consensuais. Assim, por exemplo, vide ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. *Negociação, Mediação, Conciliação...*, cit. p. 32-33. Costuma-se ainda referir que o Poder Judiciário, de ordinário, trata apenas da lide processual, sem avançar para a lide sociológica, na qual estariam os verdadeiros interesses das partes. Nesse sentido, vide BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 57-58.

²⁹¹ Vide Capítulo 2, especialmente item 2.2.1, *supra*.

²⁹² Nos termos do artigo 178 do CPC/15: “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”. No CPC/73, a intervenção do Ministério Público era prevista no artigo 82, segundo o qual: “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

exemplificativamente, em um pedido de renúncia à aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para utilização do tempo para fins de aposentadoria em Regime Próprio por ex-advogado que atuou na área previdenciária e que, posteriormente, ingressou como desembargador em um tribunal por meio das vagas do quinto constitucional.²⁹³ Se a relação segurado-INSS é presumidamente de hipossuficiência, essa presunção é relativa, não se devendo adotar uma postura apriorística.²⁹⁴

Em outros termos, firmar de antemão que há um desequilíbrio de poder entre requerente e INSS pressupõe uma generalidade que nem sempre se confirma na prática. Por isso, diante do caso concreto, ainda que o conciliador possa pressupor que há um desequilíbrio em favor do INSS, deve estar atento para observar se isso realmente ocorre. Para tanto, entende-se que cabe ao conciliador investigar tal condição antes mesmo do início da sessão de conciliação, a partir de uma análise prévia dos autos, vindo posteriormente a confirmar ou infirmar sua leitura durante a sessão.²⁹⁵

Além disso, a partir da análise prévia do conflito, o conciliador pode também verificar se o caso está enquadrado em um daqueles que não pode atuar, por estar suspeito ou impedido. Tais hipóteses, nos termos da Resolução nº 125, seriam as mesmas causas aplicáveis aos juízes (artigo 5º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais).²⁹⁶ Assim, por exemplo, há impedimento do conciliador se o seu cônjuge for parte no processo ou estiver advogando em favor de uma das partes (art. 144, III e IV, do CPC/15, antes previsto no art. 134, IV e V, do CPC/73).

A propósito, a preparação dos aspectos ambientais e a análise prévia do conflito indicam a necessidade de um intervalo razoável entre sessões realizadas por um mesmo

²⁹³ De maneira idêntica, vale o raciocínio inverso: uma situação em que se vislumbra um alto grau de instrução de determinada parte também pode ser infirmada no desenvolvimento da análise do caso concreto.

²⁹⁴ Embora adotando uma linha de raciocínio que defende uma atuação mais limitada do conciliador em relação à postura a ser adotada diante de um desequilíbrio de poder, é importante observar que Érica Barbosa e Silva também destaca a possibilidade de ocorrência de um “preconceito às avessas”: “Há casos em que uma das partes é notadamente vulnerável e, por isso, detecta-se a tendência do conciliador a adotar certa parcialidade, sobretudo por imaginar que assim equilibraria a relação. Essa postura compromete a investigação sobre o conflito e sobre o verdadeiro interesse das partes. Claro exemplo desse fato são os conflitos familiares, nos quais se desconsideram o contexto e a complementariedade dos companheiros nas relações. Nessas situações, parte-se do entendimento de que as mulheres são o pólo hipossuficiente e subjugado do casal. As mulheres são consideradas vítimas numa percepção apriorística, que nem sempre se verifica. De certa maneira, constata-se nesses casos um preconceito às avessas” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 254).

²⁹⁵ Por exemplo, a partir da leitura dos autos, pode se observar se a parte é representada por advogado ou não. Se for representada, em princípio há uma menor necessidade de atuação do conciliador em relação ao fornecimento de informações jurídicas, muito embora isso só possa muitas vezes ser confirmado durante a sessão de conciliação, quando se irá notar se o advogado possui interesses colidentes com os do seu cliente ou se carece de preparo necessário para auxiliá-lo.

²⁹⁶ No mesmo sentido é o artigo 5º do Projeto de Lei nº 7.169/2014.

conciliador. Critica-se, por isso, a organização em regime de mutirão, sem que haja um devido intervalo de tempo para que o conciliador possa, minimamente, preparar-se para o caso seguinte. Para que não haja prejuízo ao conciliador, é importante que sua carga horária considere esse tempo mínimo de preparação,²⁹⁷ seja para efeitos de certificação do estágio supervisionado, seja para que possa o período possa ser computado como atividade jurídica nos termos da Resolução nº 75/2009 do CNJ.²⁹⁸

Seja como for, a análise prévia do conflito parte para uma investigação individualizada do caso apresentado, levantando hipóteses que serão ou não confirmadas durante a sessão.

4.2. Durante a sessão de conciliação: a possibilidade de apresentar sugestões

A sessão de conciliação é o momento em que mais se exige a atividade do conciliador. De fato, é na sessão que se está diante das partes, é ou não confirmada a análise prévia do conflito e há o consequente problema de se saber como tratar em concreto uma situação de desequilíbrio de poder envolvendo o INSS.

Para o tratamento deste momento, centra-se no ponto nodal da atividade do conciliador e que é tido como elemento diferenciador em relação ao mediador: a possibilidade de dar sugestões para a solução do conflito. Entende-se que, embora possa ser vista como uma técnica, o fundamento para tal atuação permeia toda a conduta do conciliador nas diversas fases da sessão, sendo um bom critério para orientar o estudo de sua atividade.

²⁹⁷ Reconhecendo tal importância, no Manual de Conciliação da Justiça Federal da 3ª Região, instituído pela Resolução nº 368/2013 do TRF3, estabelece-se que: “A carga horária de atuação do conciliador será computada da seguinte forma: 30 (trinta) minutos antes do início de cada sessão de conciliação, para planejamento do trabalho e organização do ambiente; tempo efetivo de participação em cada sessão de conciliação (do horário de início ao horário de término); 30 (trinta) minutos para o encerramento das demais atividades pertinentes à conciliação, a exemplo de entrevista com o Supervisor ou o Juiz Coordenador.”(SANTANA, Daldice; MAIOLINO, Eurico Zecchin (Coord.). *Manual da Conciliação da Justiça Federal da Terceira Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 2013, p. 31). Por sua vez, o §12 do artigo 334 do Novo CPC estabelece que a “*pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte*”, embora aqui se entenda temerário estabelecer de antemão um limite fixo de intervalo – e não de cômputo do tempo de atividade para o conciliador –, pois isso pode prejudicar a flexibilidade procedimental própria da conciliação.

²⁹⁸ A Resolução nº 75 do CNJ, de 12 de maio de 2009, dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, considerando como atividade jurídica para tal finalidade “*o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano*” (art. 59, IV).

4.2.1 Informar, sugerir e avaliar: o que é permitido ao conciliador?

A proposição de que o conciliador pode apresentar sugestões normalmente é tomada como premissa, sem que haja um posterior estudo sobre os seus desdobramentos. Para uma investigação mais detida, entende-se, de início, que é importante distinguir o que se entende por *informação*, *sugestão* e *avaliação*. Isso porque a aproximação dos conceitos, sobretudo o de sugestão e o de avaliação, faz com que se conclua que o conciliador não pode apresentar opções para solução do conflito, uma vez que assim já estaria avaliando.

A avaliação, de fato, é vedada tanto na conciliação como na mediação. Ao expor sua opinião acerca da melhor solução, o conciliador estaria realizando um juízo de valor que se sobreporia à vontade das partes e teria um efeito deletério no que se refere à preservação de sua imparcialidade. Nem a atitude mais incisiva que se permite ao conciliador poderia avançar ao ponto de se apresentar um parecer sobre o caso. Sobre esse delimitado aspecto, concorda-se com Érica Barbosa e Silva²⁹⁹ no sentido de que “o conciliador, ao realizar uma avaliação, o faz na tentativa de influenciar as partes a tomar uma decisão próxima do que seria uma sentença e acaba por desestimular a orientação construtiva do método”.

Embora se reconheça a polissemia do termo,³⁰⁰ recomenda-se, para fins do estudo da conciliação, afastar qualquer conotação que aproxime *sugestão* de *conselho* ou de *julgamento*. Nesse sentido, sugerir não é avaliar. Na sugestão, o terceiro apenas põe opções na mesa, sem se decidir por qualquer uma delas. Sugerir limita-se ao ato de apresentar uma ideia ou proposta para o tratamento do conflito.

É certo que a apresentação de uma sugestão, dependendo de como for realizada, pode ser percebida pelas partes como uma preferência do conciliador. Não por outro motivo, a sugestão de opções deve ser reservada como medida extrema, como o máximo de interferência permitida ao conciliador. De qualquer forma, entre sugerir e avaliar há um intervalo considerável que não pode ser ignorado.

²⁹⁹ *Conciliação Judicial*, cit. p. 183.

³⁰⁰ No *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa* (v.2009.3), há, entre as definições do termo *sugerir*: “dar a entender; insinuar, insuflar”; “apresentar (uma ideia) a (alguém); aconselhar, propor, aventar”; “pôr à disposição; oferecer”; “ser motivo de; causar, provocar”; “ser indício de; indicar, significar”. Além disso, apresentam-se, dentre as definições para *sugestão*: “aquilo que é sugerido; proposta, conselho, ideia”; “estímulo, inspiração, instigação”; “ideia, lembrança”. Cabe destacar, porém, que, para fins do estudo da conciliação, devem ser afastados os sentidos que associem *sugerir* e *sugestão* a julgamento ou avaliação, como ocorre em “aconselhar” ou “conselho”.

Por sua vez, a informação deve ser tratada como o conjunto de conhecimentos gerais sobre determinado assunto.³⁰¹ Não se está nem sugerindo opções e muitos menos se avaliando, mas apenas apresentando elementos com algum grau de objetividade. Sem desconhecer que toda a seleção de informações acaba por ser uma decisão daquele que a apresenta, o que se quer ressaltar é que o ato de informar é tomado como a apresentação de algum conhecimento sem que haja um direcionamento quanto à solução do conflito apresentado.

Admite-se, porém, que o campo em torno do conceito da informação também pode apresentar-se nebuloso. Isso porque algumas informações, dependendo do que se refiram e como são apresentadas, podem também serem percebidas como sugestões. Por exemplo, uma simples informação do conciliador sobre o tempo pelo qual já se estende a sessão pode ser tomada por uma das partes como uma sugestão de que a sessão poderia ser mais breve. Já outras informações são apresentadas de modo tão isento que são admitidas mesmo em mediações, como, por exemplo, informações sobre o número de sessões ou a apresentação do nome do terceiro facilitador.³⁰²

De todo modo, ainda que os limites nem sempre sejam claros, nota-se uma gradação entre *informar*, *sugerir* e *avaliar*. Informar que o auxílio-doença poderá ser revisto administrativamente de dois em dois anos é diferente de sugerir um benefício de auxílio-doença por dois anos, tendo em vista que não houve fixação de data para possível reavaliação pelo perito. Outra é orientar a parte para que aceite um acordo em que o prazo de cessação do auxílio-doença seja fixado em dois anos.

Reconhece-se que apresentar sugestões é mais invasivo do que simplesmente informar. As partes não raras vezes podem tomar a sugestão como avaliação e considerar a proposta sugerida como aquela que o terceiro facilitador pretende tomar como certa. De fato, ainda que haja um esforço em se alterar o paradigma da “cultura da sentença”, não é garantido que as partes já possuam idêntica percepção. O risco aumenta se as sugestões forem apresentadas pelo juiz que atua como conciliador. De qualquer maneira, o que

³⁰¹ Dentre as várias definições trazidas pelo *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa* (v. 2009.3), para informação, destacam-se as seguintes: “notícia, conhecimento, ciência”; “conjunto de conhecimentos reunidos sobre determinado assunto ou pessoa”; “fato de interesse geral a que se dá publicidade”.

³⁰² De fato, mais que admitidas, algumas informações são tidas por muitos autores como necessárias na mediação. Assim, por exemplo, ao tratar da preparação ou pré-mediação, Célia Regina Zapparolli e Mônica Coelho Krähenbuhl ressaltam que por “ser um processo informal, é recomendável que as informações gerais a respeito da mediação sejam, de seu início, oferecidas ao conhecimento de todos os envolvidos” (*Negociação, Mediação, Conciliação...*, cit. p. 83).

importa é perceber que sugerir não é avaliar. Avaliar aproxima-se de julgar, o que é vedado não apenas ao mediador, mas também ao conciliador.

Propõe-se, então, uma gradação entre *informar*, *sugerir* e *avaliar* representada no seguinte esquema:

Figura 2. A gradação entre informar, sugerir e avaliar.

Desse modo, o que se percebe é que, embora os espaçamentos entre *informar*, *sugerir* e *avaliar* sejam reduzidos, há uma gradação que, partindo do *informar* até o *avaliar*, indica uma progressiva intervenção do terceiro facilitador. Por isso, dentro das premissas deste trabalho, o mediador estaria restrito à possibilidade de informar, sendo-lhe vedado tanto sugerir como avaliar. Já ao conciliador seria permitido informar e sugerir, mas nunca avaliar.

Traçadas tais premissas, é importante verificar como o conciliador de conflitos previdenciários pode agir nesse fornecimento de informações e sugestões.

4.2.2. Limites da informação

Estabelecidas as possibilidades de atuação do conciliador, é preciso esclarecer quais seriam as informações ordinariamente admitidas e até mesmo exigidas como mínimas em qualquer tentativa de conciliação, e quais aquelas que somente seriam possíveis, com o posterior acréscimo de sugestões, em determinadas situações.

Em linhas gerais, costuma-se partir de uma distinção entre *informações procedimentais* e *informações substanciais*.³⁰³ Normalmente se distingue a justiça do processo da justiça do resultado. Diz-se então que tanto o conciliador como também o mediador devem ser defensores do processo, deixando às partes a escolha quanto ao resultado.³⁰⁴

4.2.2.1. Informações procedimentais

Por *informações procedimentais*, entendem-se aquelas que dizem diretamente respeito ao próprio processo da conciliação. No geral, seu fornecimento, em vez de faculdade, é tido como dever.³⁰⁵ São informações relacionadas à identificação dos participantes, ao modo como a conciliação será desenvolvida, à função do conciliador, à distinção em relação à adjudicação, entre outras.³⁰⁶ Acima de tudo, o conciliador deve informar que, em decorrência de sua função e da natureza do procedimento conciliatório, admite-se que ele apresente sugestões para a solução do conflito.

A maior parte dessas informações é apresentada pelo conciliador logo na fase de abertura da sessão de conciliação.³⁰⁷ De fato, o pressuposto para a continuidade da sessão de conciliação é que as partes concordem em participar do procedimento conciliatório, sabendo conscientemente do que se trata.

Alguns aspectos procedimentais precisam ser explicados pelo conciliador e mesmo pelo mediador, sobretudo considerando o contexto atual em que os meios consensuais

³⁰³ Reconhece-se que a distinção entre informações procedimentais e substanciais nem sempre é clara. Além disso, assim como a substância modula o procedimento, o procedimento pode moldar a substância. Seja como for, reputa-se que a divisão traz contornos didáticos que permitem distinguir melhor o campo de atuação do conciliador.

³⁰⁴ No próprio Manual de Mediação Judicial observa-se o seguinte trecho: “**O mediador, apesar de imparcial, deve ser defensor do processo.** O mediador não deve demonstrar parcialidade quanto às questões materiais, isto é, qual parte tem ou não tem razão sobre determinada questão. Em hipótese alguma pode o mediador fazer algum comentário que transpareça estar dando apoio à posição de uma das partes ou assessorando a parte como se seu advogado fosse. Contudo, o mediador deve estar invariavelmente engajado na defesa do seguimento regular do processo, não sendo imparcial quanto as garantias e direitos inerentes a cada parte no transcorrer do processo de mediação” (grifos do original) (AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 180-181).

³⁰⁵ No Código de Ética da Resolução nº 125/10 há, por exemplo, entre as regras que regem o procedimento de conciliação e de mediação a serem observadas pelo terceiro facilitador, o dever de informação, segundo o qual há o “*dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo*” (art.2º, I).

³⁰⁶ Para uma descrição dos diversos tipos de informação que os mediadores devem fornecer de acordo com alguns Estatutos e Códigos de Ética norte-americanos, vide NOLAN-HALEY, Jacqueline. *Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 800-801.

³⁰⁷ Vide item 4.2.5.1, *infra*.

ainda não são de amplo conhecimento da população brasileira, podendo a falta de informações procedimentais mínimas levar à confusão dos participantes em relação à diferença entre meios consensuais e adjudicatórios.

É certo que até informações procedimentais podem ser tomadas pelas partes como um julgamento do conciliador. Por exemplo, uma informação de que a sessão terá duração máxima de dez minutos pode ser tomada como uma indireta para que o acordo seja entabulado rapidamente. Por isso o cuidado que o conciliador deve ter no que se refere à maneira de apresentar qualquer informação, cabendo inclusive usar técnicas acerca do tom de voz adequado ou de gestos não impositivos.

De qualquer forma, a apresentação de informações procedimentais provoca menos divergências que as substanciais.³⁰⁸

4.2.2.2. Informações substanciais

Definidas por exclusão, *informações substanciais* são todas aquelas que não dizem respeito diretamente ao procedimento de conciliação, abrangendo tanto informações jurídicas como extrajurídicas.

Seriam exemplos de informações extrajurídicas: estudos psicológicos sobre a educação dos filhos quando submetidos à guarda compartilhada ou ao cuidado de um dos pais; relatórios sobre o valor de mercado das ações de determinada empresa com quem se está litigando; documentos que indicam a política institucional de determinada empresa privada em relação ao acordo, entre outros. No caso dos conflitos previdenciários, ainda que tais informações sejam raramente tidas como relevantes durante a tentativa de conciliação, poderiam ser consideradas como extrajurídicas: a idade média dos aposentados do Regime Geral de Previdência Social; a evolução do índice de reajuste dos benefícios previdenciários; o número de pessoas consideradas inválidas no Brasil; o valor gasto no pagamento de benefícios previdenciários; etc.

De todo modo, nos conflitos previdenciários, caracterizados por serem pontuais e não envolverem um relacionamento duradouro entre as partes, predominam as informações jurídicas. Assim, são comuns questionamentos acerca do preenchimento dos requisitos

³⁰⁸ Segundo Jacqueline Nolan-Haley: “There is little dispute that mediators should provide information to both parties about the nature of the mediation process, but agreement stops there. Whether mediators should be permitted to give more substantive information, professional evaluations, or opinions is the subject of intense debate” (Informed Consent in Mediation..., cit. p. 826).

legais para a concessão de determinado benefício ou sobre a jurisprudência relativa à dada matéria.

É de se notar então que, embora o fornecimento de informações substanciais extrajurídicas pelo conciliador seja menos problemático, o mesmo não ocorre com as informações jurídicas. Em relação a essas últimas, é relevante distinguir *informação jurídica* de *orientação jurídica*.

Bryan Clark³⁰⁹ cita o exemplo do *Virginia Guidelines on Mediation and Unauthorized Practice of Law*, que estipula que “o conciliador pode providenciar informação jurídica para as partes, mas não pode dar orientação jurídica” (“*a mediator may provide parties with legal information but may not give legal advice*”). Em seguida, salienta que, nesse contexto, orientação jurídica refere-se a tratar da lei aplicável aos fatos apresentados no caso, de maneira que se preveja o resultado do caso; ou se recomende uma determinada ação baseada na análise do terceiro facilitador. Seria possível, porém, fornecer informações gerais sobre o procedimento legal e as leis aplicáveis, e também valer-se de perguntas para realizar um teste de realidade que considere as questões legais relevantes para o conflito. No entanto, Clark observa que a capacidade do conciliador fornecer uma informação legal genérica que não invada o campo da orientação jurídica é questionável. Uma pergunta com o objetivo de servir de teste de realidade, por exemplo, pode ter o efeito de uma orientação jurídica.

Por sua vez, destacando a dificuldade de distinguir as duas situações, Ellen Waldman³¹⁰ afirma que fazer com que as partes saibam da existência de casos, códigos ou outras regulamentações podem ser enquadrados no fornecimento de informação jurídica. No entanto, se a intervenção for além da entrega de documentos ou da menção a citações, passando o conciliador a explicar os significados do material apresentado, então haveria aplicação da lei ao fato e o fornecimento de orientação jurídica.

Entende-se que o parâmetro proposto por Ellen Waldman, ao negar a possibilidade de se realizarem explicações sobre os documentos ou sobre a legislação fornecidas, pode gerar uma postura menos ativa do conciliador do que se espera em certos conflitos como o previdenciário. De fato, limitar a informação legal do segurado à entrega de documentos ou à leitura do texto legal e mesmo da jurisprudência, pode ter o mesmo efeito de nada fazer, dada a complexidade da legislação e dos termos utilizados no direito previdenciário.

³⁰⁹ *Lawyers and Mediation*, cit. p. 93.

³¹⁰ *Mediation Ethics: cases and commentaries*, cit. p. 101.

Já a definição de Bryan Clark, na parte que trata do fornecimento de informações que possibilitem a previsão do resultado do caso, deve ser vista com ponderações, de modo a não se impedirem que até informações procedimentais sobre o desenvolvimento posterior do processo sejam negadas.

Assim sendo, tem-se que o mais adequado é considerar o que se mostra comum nas ideias de Clark e Waldman: ao conciliador é vedado prestar orientações acerca da subsunção à norma do fato posto em discussão. Como defendido no Capítulo 2,³¹¹ o ideal é que tal subsunção seja construída pelas próprias partes na conciliação, ainda que com o auxílio de um terceiro. Desse modo, não cabe ao conciliador promover juízos de valor sobre a norma ou a jurisprudência que será aplicável ao caso concreto.

Por exemplo, é admissível o esclarecimento por parte do conciliador sobre o significado de termos como *qualidade de segurado*, *carência*, *período de graça*, entre outros. Por sua vez, orientação jurídica já envolve um juízo de valor explícito que instrua juridicamente a parte em relação a como se comportar. É o papel que se costuma esperar do advogado, mas não do conciliador, sendo-lhe vedada tal conduta.³¹²

Em se tratando de conflitos previdenciários e diante do modelo rotineiramente adotado, as seguintes perguntas podem ser feitas pelo indivíduo: “*o que acontece se eu não aceitar o acordo de renúncia de parte dos atrasados?*”; “*qual é a chance de se obter uma decisão favorável?*”; “*quanto tempo demora?*”.

Caso adotada uma postura inadequada pelo conciliador, tal ordem de questionamentos pode ensejar respostas que possivelmente serão percebidas como elementos de pressão para a aceitação do acordo proposto pelo INSS. Seria o caso de uma resposta do tipo: “*Se o senhor não aceitar o acordo, ainda que tenha uma sentença favorável depois de muitos meses – o que também não é certo – o INSS poderá recorrer, o que vai fazer com que o processo seja julgado novamente por outros juízes, demorando ainda mais tempo; se depois de tudo isso não houver mais recursos e o senhor ganhar, aí será expedida uma requisição de pagamento que, dependendo do valor, pode demorar até um ano e meio para que seja efetivamente cumprida*”.

Nota-se que, em respostas dessa natureza, o tempo do processo é utilizado como elemento de pressão e não como informação procedimental. O que importa diante dos

³¹¹ Vide, especialmente, item 2.5, *supra*.

³¹² O artigo 7º do Código de Ética da Resolução nº 125/2010, dispõe: “Art. 7º O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/ mediação sob sua condução”. Nessa vedação, por evidente, inclui-se o serviço próprio do advogado, que abrange a orientação jurídica.

questionamentos referidos é que o conciliador não minta ou omita dados relevantes de que tenha conhecimento. Deve também ser o mais objetivo possível, apresentando as informações sem emitir um juízo de valor acerca do comportamento que deve ser tomado pelas partes. Em suma, entende-se que, também no fornecimento de informações, vale a regra de se insistir em critérios objetivos.³¹³

Como exemplo, seria possível pensar na seguinte fala do conciliador aos questionamentos citados: *“É importante destacar que o senhor não é obrigado a aceitar o acordo. Se preferir não aceitar a proposta, o processo terá o seu desenvolvimento regular, ou seja, será encaminhado para o juiz para o julgamento. O tempo médio de uma sentença neste juízo, desde que o processo é encaminhado para o juiz para decisão, é de três meses. Sendo a decisão favorável e havendo recurso do INSS, o órgão colegiado demora, em média, seis meses para proferir novo julgamento. Entre a baixa dos autos do tribunal até a expedição da ordem de pagamento, é comum que se aguarde mais um mês. Entre a ordem de pagamento e seu cumprimento, há o prazo constitucional de sessenta dias ou de um ano e meio, dependendo do valor. É importante lembrar, porém, que esse prazo mínimo de cumprimento da requisição não será diferente caso aceito o acordo. É relevante notar também que, ainda que não seja possível prever o que irá acontecer no seu caso, a jurisprudência costuma aceitar a documentação apresentada e acolher o parecer do médico perito judicial”*.

Evidentemente, essa resposta não é a única e que pode haver críticas quanto a alguns de seus termos. No entanto, defende-se que, em casos em que comprovado o notório desequilíbrio de poder, justifica-se a apresentação de informações jurídicas em uma maior amplitude, tendo como limite e finalidade a tomada de uma decisão informada pelas partes. Nesse sentido, admite-se mesmo a menção de que a jurisprudência majoritária é favorável a uma ou outra parte, sob pena de, por omissão, tornar a informação disponível apenas à parte que já a possui, ou seja, ao INSS.

4.2.3. Apresentando sugestões

Um passo adiante do *informar* é o *sugerir*. Caso o conciliador se convença de que as informações não foram suficientes para a tomada de uma decisão informada pelas partes

³¹³ A estratégia de se insistir em critérios objetivos é destacada na negociação pela chamada Escola de Harvard. Vide FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*, cit. especialmente p. 99-113.

e não considerar nenhuma outra estratégia viável, torna-se admissível o fornecimento de sugestões. No entanto, reitere-se que sugerir não é avaliar, mas sim apresentar opções de solução para as partes, sem, todavia, decidir-se por qualquer delas.

A chance de se tomar uma sugestão por avaliação é grande, sobretudo quando apresentada por um conciliador em um ambiente ligado ao Judiciário. Por exemplo, sugerir um acordo de pagamento do benefício por tempo inferior ao sugerido pelo médico perito judicial pode ser tomado como um julgamento do conciliador acerca da moléstia do segurado.

Por isso, entende-se relevante que o conciliador se valha de comportamentos que evidenciem que está apenas apresentando sugestões e não decidindo. Além de deixar isso claro para as partes antes de apresentar a sugestão, é possível imaginar o uso de algumas táticas como: apresentar em momentos próximos sugestões que são excludentes entre si (por exemplo, sugerir propostas de implantação imediata do benefício com pagamento de 50% ou 90% dos atrasados); atribuir a proposta como implícita de uma ou de ambas as partes (dizendo algo como: *“pelo que entendi, o INSS está propondo implantar o benefício mais rapidamente que em outras situações?”*); referir-se a casos ou decisões anteriores (como, por exemplo: *“não seria possível que o INSS apresentasse uma proposta de pagamento de 90% dos atrasados, tal como no caso da semana passada?”*). Mais uma vez, não se nega que haverá certa flexibilidade a depender da escolha feita pelo conciliador. Nota-se, porém, que existem meios diversos de se apresentarem sugestões e que, dependendo da forma como a sugestão for apresentada, pode ser percebida em grau maior ou menor como uma avaliação.

Além disso, a quantidade e a qualidade das sugestões – assim como a das informações – também seguem a ideia da escala móvel: a quantidade e o conteúdo das sugestões apresentadas irão variar conforme o caso concreto, sendo aceitável que uma maior quantidade de sugestões seja apresentada, por exemplo, no caso da conciliação judicial em que a parte esteja sem advogado. Cabe, então, explicitar alguns critérios que justificam uma maior ou uma menor intervenção.

4.2.4. Critérios para a escala móvel de intervenções

A partir do que foi exposto acima, defende-se uma gradação entre o *informar* e o *sugerir*. Entre as informações, destacou-se que as informações procedimentais ordinariamente são tidas como de fornecimento obrigatório pelo conciliador (e mesmo pelo

mediador). As substanciais, por sua vez, são admitidas apenas na medida do necessário para garantir a tomada da decisão informada. Salientou-se ainda que a sugestão de opções, ainda que permitida, é posta como o último recurso de que o conciliador pode se valer, dada a maior interferência que isso inevitavelmente provoca na relação entre as partes. Em suma, retoma-se aqui à ideia da escala móvel, sendo a intervenção do conciliador maior ou menor conforme o caso, estando, porém, limitada ao oferecimento de sugestões, nunca podendo avançar até a avaliação.

Por isso, ao se definir a conciliação como um mecanismo de solução consensual de controvérsia em que o terceiro facilitador pode sugerir soluções para o litígio,³¹⁴ tem-se em mente que essa possibilidade é o limite da atuação do conciliador. Assim, há uma gradação desde uma menor intervenção, em que se pode limitar ao fornecimento de informações procedimentais, até uma maior intervenção, caracterizada pelo oferecimento de sugestões. As estratégias e técnicas a serem utilizadas entre um e outro extremo são variadas e não se limitam ao fornecimento de informações e sugestões.³¹⁵ Apesar da diversidade, alguns aspectos podem ser considerados ao se ponderar por uma maior ou menor intervenção, partindo-se mais uma vez das características apresentadas pelo conflito.

Em primeiro lugar, cabe salientar que a atuação do conciliador é supletiva em relação às partes. Significa dizer que, se as partes já estiverem postas em uma base adequada de poder que permita a tomada de uma decisão informada, o conciliador pode se limitar à mínima atuação necessária, restringindo-se, por exemplo, ao fornecimento de informações procedimentais básicas (*baseline information*).³¹⁶ Um maior oferecimento de informações justifica-se, em contrapartida, em situações de notório desequilíbrio de poder.

A quantidade de intervenção pode ser modulada, ainda, de acordo com o status representacional (*representational status*) das partes. De fato, quando as partes são representadas por advogados, o conciliador pode presumir que os clientes foram

³¹⁴ Vide Capítulo 1, especialmente item 1.4, *supra*.

³¹⁵ De fato, outras técnicas podem ser utilizadas, como a escuta ativa, os questionamentos, o teste de realidade, a inversão de papéis, o *caucus*, etc. No entanto, como a descrição dessas outras técnicas não fazem parte da tese central deste trabalho, opta-se, por suprimi-las do texto principal, seguindo a recomendação da banca examinadora. De todo modo, sobre o tema das técnicas de conciliação e mediação, vide: TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-57. Um exemplo de uso de técnicas em uma situação hipotética de desequilíbrio de poder é analisado pelo autor em: TAKAHASHI, Bruno. Dilemas Éticos de um Conciliador. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 123, 2014, p. 62-69.

³¹⁶ A expressão é de Jacqueline Nolan-Haley. *Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 832.

informados por seus patronos³¹⁷ e deles receberam a devida orientação. Em contrapartida, se as partes não são representadas juridicamente, a tarefa do conciliador se torna mais complexa, exigindo-lhe uma atuação mais ativa.³¹⁸

Além disso, diante da ausência de representação, antes de promover por si só o fornecimento de informações ou de sugestões, cabe ao conciliador questionar se aquilo que é necessário para a tomada da decisão informada não está disponível às partes por outro modo. Assim sendo, se há defensores públicos ou advogados dativos disponíveis para assistir as partes não representadas, é preferível que o conciliador encaminhe as pessoas para tais profissionais, em vez de trazer as informações para a mesa por si só. Entende-se que isso envolve também a possibilidade de consultas com especialistas que possam auxiliar no processo conciliatório, como, por exemplo, médicos peritos, contadores, assistentes sociais, etc.³¹⁹

No entanto, de acordo com Nolan-Haley³²⁰ em afirmação que se mostra igualmente aplicável ao contexto brasileiro, em um mundo ideal, o tribunal poderia nomear advogados para prover informações legais a partes não representadas ou para assegurar que elas

³¹⁷ Conforme Jacqueline Nolan-Haley: “When parties are represented by lawyers in mediation, we should be able to assume that lawyers do their job and provide their clients with enough information for them to engage in informed decision-making.” (Informed Consent in Mediation..., cit. p. 831).

³¹⁸ Além disso, complicadores adicionais podem excepcionalmente existir, como quando há conflito entre os interesses manifestados pelo advogado e pelo seu cliente. A situação é bem ilustrada por Jeffrey R. Seul: “Employing a lawyer as one’s agent has costs, however, and they are not only financial. First, clients and lawyers may have different interests with respect to the litigation. A client may want his lawyer to express some of the hostility he has difficulty expressing himself, and the lawyer may be unwilling to do so because of reputational or moral concerns. Second, a lawyer’s and a client’s respective economic incentives may be misaligned. A lawyer working for a contingency fee may encourage his or her client to accept a smaller settlement to ensure that the client gets paid, or gets paid sooner. A lawyer charging by hour has fewer incentives to encourage early settlement of a case when that would be in the client’s best interest. Finally, the flow of information between lawyer and client may be imperfect, and this could adversely affect the client’s interests. These problems can be mitigated in various ways, but cannot be eliminated” (Litigation as a Dispute Resolution Alternative. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert (ed.). *The Handbook of Dispute Resolution*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 347). Outra situação complexa é aquela em que a parte está representada por um advogado, mas o profissional não aparenta possuir conhecimento técnico suficiente para auxiliar seu cliente em uma conciliação. Alguns dilemas que surgem na atuação do terceiro facilitador quando diante de situações dessa natureza são apresentados por Kimberlee K. Kovach na seguinte passagem: “If parties are represented by counsel, most mediators and experts agree that the responsibility for legal advice and information rests with the lawyers. In these cases, difficulties arise when the lawyers are uninformed or misunderstand some of the issues. Nevertheless, the majority view is that the mediator should refrain from intervening and should not inform the lawyer of his mistake. Providing such assistance to one side could profoundly and negatively impact neutrality. In some cases, if the mediator fears that an injustice will result, most experts recommend that the mediator terminate the mediation session. The party will still have recourse against his own lawyer” (*Mediation in a Nutshell*, cit. p. 180).

³¹⁹ Ellen Waldman ao tratar de formas de nivelar o grau de informação, afirma: “The second way of leveling the information field is bringing third parties into the process to provide the missing information. In this case, mediators urge disputants to confer with counsel or other substantive experts, including accountants, engineers, or tax planners” (*Mediation Ethics: cases and commentaries*, cit. p. 101).

³²⁰ Informed Consent in Mediation..., cit. p. 835.

compreenderam a informação que possa ter sido fornecida pelo Judiciário na forma de brochuras, manuais, vídeos, etc. Segundo a autora, na prática, porém, normalmente é o conciliador que está disponível para informar e guiar as partes não representadas.

Assim, como proposição geral, afirma-se que uma maior quantidade de intervenção é requerida por aqueles que não possuem a habilidade de negociar por si próprios e nem ter acesso a outros auxiliares que não o conciliador, isto é, aqueles que não podem tomar uma decisão informada.³²¹

No campo das conciliações de conflitos previdenciários, vale ainda a observação de Nolan-Haley de que a questão é mais séria quando a conciliação tem lugar em um procedimento obrigatório ou quando apenas uma das partes é representada por advogado.³²² Assim costuma ocorrer nos casos de conciliações previdenciárias, em que, em geral, há uma determinação judicial para que as partes compareçam a uma tentativa de conciliação e em que, muitas vezes, apenas o INSS é representado por um procurador. Isso é especialmente notado nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais, considerando-se a possibilidade legal de a parte autora não estar representada por advogado em primeiro grau (art. 10 da Lei nº 10.259/01).³²³

Acrescente-se, segundo Nolan-Haley, que a preocupação com a justiça é maior quando se tratam de pessoas pobres com baixo nível educacional.³²⁴ Vale lembrar que essa é uma característica típica dos autores que ingressam com ações em face do INSS. Não se pode esquecer também que a realização da conciliação em ambiente judicial traz ínsito um dever maior para a garantia de um resultado justo, uma vez que inserida em um serviço tutelado pelo Estado.

No mais, justifica-se a intervenção quando houver uma visível intimidação, manipulação, ameaça, pressão ou coação de uma parte sobre a outra.³²⁵ Nesse caso, cabe ao conciliador interferir para que a comunicação entre as partes seja possível. Ressalte-se que isso é comum em casos de desequilíbrio de poder, ao ponto de Ellen Waldman sugerir

³²¹ Em sentido semelhante, vide NOLAN-HALEY, Jacqueline. *Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 833.

³²² *Ibid.*, p. 832.

³²³ O Novo CPC prevê o acompanhamento obrigatório de advogado ou defensor público na audiência de conciliação ou de mediação. De fato, segundo o artigo 334, §9º: “§ 9º *As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos*”. Ainda assim, entende-se que esse dispositivo não irá alterar a possibilidade de participação sem advogado nas conciliações do JEF, na medida em que o artigo 10 da Lei nº 10.259/01 continuará sendo norma especial em relação ao CPC.

³²⁴ *Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 834.

³²⁵ Nesse sentido, SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*, cit. p. 332.

o policiamento de comportamento intimidante como meio de lidar com essas situações de assimetria.³²⁶

Tais fatores, em geral, permitem que uma maior quantidade de intervenções seja feita pelo conciliador de conflitos previdenciários. Admite-se que é impossível saber de antemão o quanto o conciliador deve sugerir de opções, o quanto deve ser mais ou menos ativo, ou o quanto deve efetivamente informar e o que informar. Apesar disso, parâmetros gerais podem ser traçados.

Desse modo, a atuação diante de uma parte sem advogado é diversa daquela em que o advogado está presente. De modo semelhante, a atividade em uma conciliação para concessão de benefício por incapacidade na qual a moléstia impede o exercício de trabalho remunerado, gerando maior urgência, difere daquela realizada em um pedido revisional em que o benefício permanece ativo. Além disso, a atuação em casos em que o representante do INSS visivelmente está intimidando a outra parte difere daquela em que as partes se encontram mais abertas ao diálogo.

A linha da escala móvel que aqui se adota pressupõe que o tipo e a quantidade de intervenções do conciliador sejam ajustados conforme o conflito apresentado. Embora a medida em si seja definida pelo caso concreto, reputa-se possível estabelecer um parâmetro para essa escala móvel de intervenções.

4.2.5. A conduta no decorrer das fases do processo conciliatório

É importante observar que a busca pela decisão informada deve percorrer todo o procedimento conciliatório e não apenas o início ou o momento em que há a discussão dos termos de um possível acordo. As partes devem tomar uma decisão informada antes de aceitaram sua participação no procedimento, durante a negociação, e depois, quando devem também entender os resultados a que chegaram por meio do acordo.³²⁷ Desse modo, cabe tratar, ainda que brevemente, de cada uma dessas fases, verificando quais parâmetros o conciliador pode seguir.

³²⁶ Segundo a referida autora: “If one party throws his weight around by being insulting or abusive, the mediator can make clear that such intimidation is not tolerated throughout the process. If the dynamics are such that the weaker party simply does not speak honestly or freely with the other party present, the mediator can move the bulk of the discussions into a caucus format” (*Mediation Ethics: cases and commentaries*, cit. p. 100).

³²⁷ Segundo Jacqueline Nolan-Haley: “A robust theory of informed consent requires that parties be educated about mediation before they consent to participate in it, that their continued participation and negotiations be voluntary, and that they understand the outcomes to which they agree” (*Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 812).

Neste estudo, toma-se como base a seguinte sequência de fases da conciliação:³²⁸ a abertura, a investigação do conflito, a invenção de soluções construtivas e integrativas (momento criativo), a escolha das opções concretamente (momento crítico), avaliação das escolhas e reflexão sobre eventuais imprevistos, redação do termo e encerramento.³²⁹

4.2.5.1. Abertura

A abertura é de fundamental importância para o desenvolvimento da conciliação, pois é nesse momento que se concentra um grande número de informações procedimentais que irão guiar o procedimento. Segundo Jennifer Beer e Caroline Packard,³³⁰ na abertura que se estabelece a moldura da conciliação, define-se o tom a ser seguido e se constroem as expectativas a serem partilhadas.

Logo de início, em sua apresentação, é importante que o conciliador deixe claro se possui algum vínculo anterior com as partes ou se possui alguma qualificação que possa gerar uma falsa impressão para os envolvidos., como, por exemplo, ter atuado como advogado em casos previdenciários ou ter sido servidor do INSS no passado.³³¹

Em sessões de conciliação com o INSS, é comum que um mesmo procurador federal atue em diversas conciliações, já estando no ambiente da conciliação antes de o autor chegar à sessão e lá continuando após sua saída. Associado ao fato de que se trata

³²⁸ A sequência apresentada a seguir é baseada, com pequenas modificações, no trabalho de Érica Barbosa e Silva (*Conciliação Judicial*, cit. p. 270-277). Em relação a essa sequência lógica, vale a observação de Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto no sentido de que não se trata de uma “receita culinária, em que são usados determinados ingredientes e marcas que resultarão, na maioria das vezes, se bem seguidas pelo usuário, em um alimento a ser consumido” (*O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 46-47). Ainda assim, embora a sequência possa ser alterada conforme o caso concreto, tem-se que, em geral, serão seguidas as etapas referidas. Essa generalidade é suficiente para os fins deste trabalho.

³²⁹ Reputa-se que, normalmente, as fases da conciliação e da mediação são idênticas, o que justifica a utilização de referências bibliográficas de um ou de outro instituto. A diferença está nas regras que irão ditar cada uma dessas fases, bem como na brevidade maior que a conciliação costuma ter em relação à mediação. Segundo Érica Barbosa e Silva, por exemplo, o tratamento do conflito será mais breve na conciliação (*Conciliação Judicial*, cit. p. 270).

³³⁰ *The Mediator's Handbook*. 4 ed. Gabriola Island: New Society Publishers, 2012, p. 31. No original: “The Opening creates the ‘framework for the mediation, setting a tone and building shared expectations’”.

³³¹ No Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/2010, em seu artigo 2º, IV, prevê-se a desvinculação da profissão de origem dentre as regras do procedimento de conciliação/mediação, definindo-a como o dever de o terceiro facilitador “*esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos*”. Reputa-se, porém, que o esclarecimento acerca de eventual vínculo anterior é importante, ainda que se deva igualmente informar que a atuação é pautada pela desvinculação da profissão de origem. No mesmo sentido, Kimberlee K. Kovach afirma que: “Current ethical guidelines suggest that even if mediators who have had prior dealings with one party believe they can remain impartial, they still must disclose the relationship to all other parties” (Mediation. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C.. *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 311).

igualmente de um servidor público federal, não raras vezes se confunde conciliador, procurador federal, INSS e Justiça Federal como um único bloco. Assim, além dos cuidados ambientais que foram referidos antes,³³² é importante que o conciliador explicita cada um dos papéis, tomando especial precaução para que o autor compreenda qual a diferença de função entre o papel do conciliador e do procurador federal representante do INSS.

É importante ainda que o conciliador esclareça qual a diferença entre sua atuação e a de um juiz, bem como as regras gerais do procedimento. Desse modo, cabe indicar brevemente as diferenças entre conciliação e decisão adjudicada, as regras e etapas que serão seguidas durante a sessão, o tempo de duração da sessão, os deveres e direitos das partes, a possibilidade de utilização de reuniões individuais, entre outros elementos.³³³

Em qualquer hipótese, uma regra deve ser particularmente ressaltada: a de que o conciliador pode oferecer opções de um acordo e o que isso significa. De fato, como a apresentação de sugestões pode ser indevidamente confundida com julgamento pelas

³³² Vide item 4.1.2, *supra*.

³³³ Em geral, os autores listam informações desse tipo como as adequadas a serem apresentadas pelo terceiro facilitador durante a abertura. Assim, por exemplo, Érica Barbosa e Silva: “Na abertura, o conciliador e as partes se apresentam. É o momento informativo do método. O conciliador deve apresentar-se e explicar às pessoas o procedimento, seus objetivos e suas limitações, além de estabelecer as regras de comunicação, de forma a propiciar o diálogo, ficando disponível para esclarecer eventuais dúvidas. É esse o momento ideal para o conciliador aclarar os limites da atividade exercida. Logo, deve esclarecer que não realiza assessoramento legal nem perícias, nem tampouco dá sua opinião sobre conflito. Deve ainda salientar o sigilo das tratativas e que as declarações feitas pelas partes e seus advogados não produzirão efeitos probatórios em eventual processo judicial. Esse é um momento crucial, em que se estabelece a empatia responsável pelo desdobramento da comunicação adequada” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 271-272). Valeria Ferioli Lagrasta Luchiar refere-se, em conjunto, a algumas informações que devem ser fornecidas ao início tanto pelo conciliador como pelo mediador nos seguintes termos: “Ao iniciar a audiência, o conciliador ou mediador deve alertar as partes sobre as desvantagens da demanda, informando-lhes o rito a ser seguido pelo processo, caso infrutífero o acordo; o tempo que irá decorrer até a sentença; o tempo dentro do qual será designada a primeira audiência e, se necessário, a segunda; os recursos e o prazo de duração dos mesmos; eventuais perícias e custos estimados; além da sucumbência e, enfim, todas as circunstâncias que envolvam a demanda” (*Mediação Judicial...*, cit. p. 98-99). Já para Kimberlee Kovach: “During the mediator’s introduction, all participants are introduced. The mediator then describes his role, explain the mediation process, and sets out any ground rules that guide the process. The mediator may also identify and briefly discuss the benefits of the process. Legal parameters, such as confidentiality and enforceability of settlement, are outlined. Goals and objectives from the mediator’s standpoint are also included, along with housekeeping details” (*Mediation in a Nutshell*, cit. p. 47). Por sua vez, Christopher Moore afirma que a abertura normalmente contém onze elementos: “1. Introduction of the mediator and, if appropriate, the parties. 2. Commendation of the willingness of the parties to cooperate and seek a solution to their problems and to address relationship issues. 3. Definition of mediation and the mediator’s role. 4. Statement of impartiality and neutrality (when appropriate). 5. Description of the proposed mediation procedures. 6. Explanation of the concept of the caucus (private meetings). 7. Definition of the parameters of confidentiality (when appropriate). 8. Description of logistics, scheduling, and length of meetings. 9. Suggestions for behavioral guidelines or ground rules. 10. Answers to questions posed by the parties. 11. Securing a joint commitment to begin” (*The Mediation Process...*, cit. p. 212).

partes, é importante que o conciliador esclareça que pode apresentar sugestões, enfatizando a diferença entre sugerir e julgar.

Ressalte-se, porém, que tendo em vista o modelo comumente adotado para as conciliações previdenciárias, é importante ter cuidado para que uma informação sobre o tempo do processo não seja tomada como uma indireta para aceitação do acordo. Da mesma forma, a informação sobre vantagens e desvantagens da demanda não podem levar à afirmação de que o julgamento será, inexoravelmente, favorável à parte autora, ainda que se entenda que deva ser informada a grande chance de êxito.

Desse modo, para além de outros elementos secundários, tem-se que na abertura merecem ser especialmente destacados: os papéis de cada um dos envolvidos, deixando-se claro que o conciliador não é nem juiz e nem representante do INSS; e a possibilidade de o conciliador apresentar sugestões para solução do conflito, ainda que não o faça efetivamente no decorrer do procedimento.

4.2.5.2. Investigação do conflito: testando a análise prévia

Na fase investigação do conflito, segundo Érica Barbosa e Silva,³³⁴ “o conciliador convida os participantes a falar sobre a relação existente e passa a empreender técnicas para investigar o conflito”. Para tanto, ouve atentamente as falas iniciais das partes e faz perguntas para obter mais esclarecimentos sobre o caso que se apresenta.

Em particular, é nesta fase que o conciliador pode confirmar ou não o que observou pela leitura dos autos na análise prévia do conflito,³³⁵ obtendo esclarecimentos que não puderam ser inferidos a partir da simples análise dos autos e, ainda, atestando a ocorrência de alguma causa de suspeição ou impedimento.³³⁶

Desse modo, cria-se um movimento de confirmação que parte de uma premissa de desequilíbrio de poder entre autor e INSS, passa à leitura dos autos (análise preliminar do conflito) e é confirmada a partir do contato direto com as partes. Mais uma vez, há um movimento de adequação ao caso concreto que baliza toda atuação do conciliador.

³³⁴ *Conciliação Judicial*, cit. p. 272.

³³⁵ Vide item 4.1.3, *supra*.

³³⁶ O Novo CPC é expresso ao indicar no artigo 170 que tão logo perceba a causa de impedimento, o conciliador deve interromper a sua atividade: “Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador”.

Embora a leitura do processo permita observar as características gerais das partes e a existência ou não de representação processual, apenas por meio do contato direto é que serão observadas as nuances que irão definir de maneira mais fina a atuação do conciliador. Por isso, inclusive, defende-se a importância da existência de uma sessão de conciliação.³³⁷

Além disso, o pressuposto básico para que a decisão seja informada é a capacidade jurídica do jurisdicionado. Muitos casos de incapacidade civil podem ser facilmente verificados a partir da leitura dos autos, quando da análise prévia do conflito. Assim, é simples saber se o autor é menor de dezesseis anos, sendo absolutamente incapaz, ou se é maior de dezesseis anos e menor de dezoito, sendo assim relativamente capaz, nos termos, respectivamente, dos artigos 3º, I, e 4º, I, do Código de Civil. No entanto, a existência ou não de representante ou assistente nos autos deve ser igualmente confirmada pela presença na sessão, sob pena de gerar nulidade de eventual acordo. A presença do Ministério Público Federal também deve ser verificada nos casos em que sua intervenção for obrigatória.³³⁸

Por sua vez, no que se refere à capacidade postulatória, é importante que o conciliador confirme se o advogado que estava representando a parte nos autos compareceu à sessão. Se o advogado for diverso, cabe a exigência de nova procuração ou de substabelecimento. Se o INSS vem representado de preposto, é importante conferir a carta de preposição ou o ato normativo que permite a designação. Cabe igualmente ser atestada a capacidade postulatória do procurador federal, mediante apresentação da carteira funcional ou ato de nomeação.

Sob outro ângulo, é durante a investigação do conflito que o conciliador pode obter esclarecimentos acerca da controvérsia que se apresenta. Embora caiba ter cautela para não se reproduzir o formato de colheita de provas em uma audiência de instrução, é permitido ao conciliador fazer questionamentos sobre a matéria controvertida que auxiliem na busca pela solução consensual. Desse modo, se houver uma divergência entre a profissão do autor indicada na petição inicial e aquela que ele informou quando da realização da perícia médica, que, por sua vez, constatou incapacidade para a profissão habitual, nada impede que sejam feitas perguntas sobre a real profissão e a função exercida, de maneira a

³³⁷ Esse aspecto é retomado quando da análise da atuação do juiz conciliador na organização do procedimento conciliatório. Vide Capítulo 5, especialmente item 5.1, *infra*.

³³⁸ O Enunciado 81 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) possui o seguinte teor: “Cabe conciliação nos processos relativos a pessoa incapaz, desde que presente o representante legal e intimado o Ministério Público”.

viabilizar eventual proposta de acordo pelo INSS. Nada impede, também, que as próprias partes procurem questionar umas às outras, sob a supervisão do conciliador, para que haja uma maior investigação do conflito. Entende-se que é nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 16 da Lei 12.153/09, sem que se permita que o conciliador pratique atos conciliatórios que não possuam relação com a tentativa de conciliação.³³⁹

4.2.5.3. Desenvolvimento: inventar, escolher e avaliar opções

A invenção de soluções está inserida no que Érica Barbosa e Silva³⁴⁰ classifica como momento criativo. É neste momento que são feitas propostas “sem compromisso com qualquer fechamento, na tentativa de ampliar as opções existentes e abrir a resolução do conflito para outros enfoques”.³⁴¹ Aqui tem espaço a geração de opções, por meio do *brainstorm*.³⁴²

Normalmente, como visto desde o início,³⁴³ as propostas do INSS limitam-se à implantação do benefício com o pagamento de parte dos atrasados. No entanto, foi igualmente salientado que as opções, na realidade, são mais amplas, podendo ser variadas a partir da construção conjunta da subsunção do fato à norma. Pode-se imaginar, a partir da geração de opções, a transformação de um pedido de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez por meio da constatação de que o segurado está visivelmente pior do que a leitura dos autos permitiria concluir. O importante é que haja um balizamento que respeite as características próprias da prestação previdenciária, destacando-se sua disponibilidade condicionada. Na geração de opções, em busca de um paradigma que ultrapasse a limitação corrente, é importante a participação do conciliador, ainda que para mudanças

³³⁹ Conforme o artigo 16 da Lei nº 12.153/09: “Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação. § 1º Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia. § 2º Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes”. Embora referido diploma legal refira-se aos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, há previsão expressa, em seu artigo 26, de aplicação do artigo 16 também aos Juizados Especiais Federais.

³⁴⁰ *Conciliação Judicial*, cit. p. 271.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 274.

³⁴² Segundo Kimberlee Kovach: “In order to identify some options for resolution, the mediator may request that the parties engage in a brainstorming session where a number of different alternatives are explored” (*Mediation in a Nutshell*, cit. p. 48).

³⁴³ Vide os Capítulos 1 e 2, *supra*.

mais estruturais exija-se a participação do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional.³⁴⁴

Reitere-se que a atuação do conciliador na apresentação de opções é supletiva. Assim, tomando como premissa que o fornecimento de sugestões é a atividade mais interventiva que o conciliador pode adotar, somente deve se atuar dessa maneira se necessário para o melhor tratamento do caso concreto. Portanto, somente se as partes não puderem apresentar opções por si mesmas é que se pode cogitar do oferecimento pelo conciliador.

De todo modo, após a apresentação, passa-se à valoração das opções existentes. Nessa etapa, é realizada a avaliação das opções apresentadas com o objetivo de construir e escolher uma opção mais concreta e plausível (momento crítico). O que importa aqui é que as partes compreendam cada uma das opções existentes e possam conscientemente avaliar a que consideram a mais adequada. Além das opções quanto ao conteúdo do acordo, é de suma importância que as partes, e especialmente o segurado, compreendam qual é a sua alternativa em relação ao acordo. O auxílio do conciliador para a compreensão das opções existentes é de grande importância, mas a avaliação final compete exclusivamente às partes, sendo vedado ao conciliador julgar.

Por fim, alcançado o consenso, é feita a avaliação do que foi escolhido, sendo pertinente o teste de realidade e a reflexão sobre eventuais imprevistos, de maneira a dar maior sustentabilidade ao acordo.³⁴⁵

Nesse momento, o conciliador confirma se as partes, e em especial o segurado, compreenderam o que foi acordado. Além disso, o conciliador deve zelar para que o acordo não tenha sido firmado com base em um vício de consentimento.³⁴⁶ Se houver vício, o acordo poderá ser nulo ou anulável e não servirá para a resolução do conflito, podendo inclusive agravá-lo. Isso é ainda mais relevante quando se recorda que, em geral, o acordo com o INSS é feito por meio de um ato de disposição por parte do indivíduo consistente na renúncia de parcela dos valores em atraso.

³⁴⁴ Sobre a atuação do Judiciário como conciliador interinstitucional, vide Capítulo 6, *infra*.

³⁴⁵ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*, cit. p. 275.

³⁴⁶ Os vícios de vontade podem ser divididos em erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, estando previstos especialmente entre os artigos 138 e 157 do atual Código Civil.

4.2.5.4. Redação do termo e encerramento

É relevante que haja a correta redação do termo para que as partes possam compreender o que foi discutido e negociado durante a sessão de conciliação. O termo deve ser o mais objetivo, claro e completo possível, evitando-se que haja divergências futuras quanto à compreensão de seu conteúdo.³⁴⁷ Entende-se que tal orientação é válida, havendo ou não acordo, pois, de qualquer maneira, é pertinente que exista um documento que traduza com precisão o que de importante ocorreu na sessão de conciliação.

No caso de conciliações previdenciárias, é comum o uso de textos padronizados previamente definidos em reuniões interinstitucionais de que participaram os representantes do INSS e do Poder Judiciário.³⁴⁸

Acredita-se que o uso de termos-padrão, por si só, não é algo condenável. Antes, é um modo de se evitar que elementos essenciais sejam esquecidos, aumentando a racionalidade e a celeridade do procedimento.³⁴⁹ Assim, há economia de tempo e se mitiga a possibilidade de erros materiais. Deve-se salientar, porém, que nem sempre a linguagem utilizada nos termos é de fácil compreensão, sendo comum o uso de expressões como *DIB*, *DIP*, *tópico-síntese*, *valor-teto*, etc.³⁵⁰ Isso reforça o quão importante é a atuação do conciliador no fornecimento de informações e de esclarecimentos também na fase final de redação do acordo.

Por fim, tendo sido redigido o termo, cabe ao conciliador ler ou pedir para que as partes façam a leitura do que foi escrito. Em seguida, deve questionar se remanesce alguma dúvida quanto ao que foi consignado, colhendo então as assinaturas, e informando os rumos seguintes do processo.³⁵¹ Entende-se, inclusive, que essa última orientação vale tanto no caso da realização de acordo como de não realização de acordo. No caso de não

³⁴⁷ Segundo Érica Barbosa e Silva, “a redação do termo, além de objetiva, precisa contemplar todos os compromissos assumidos naquele momento, evitando divergências na interpretação de suas cláusulas” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 276).

³⁴⁸ Sobre as reuniões interinstitucionais, vide capítulo 6, especialmente item 6.1, *infra*.

³⁴⁹ Ao defenderem que se prepare um “esqueleto” do acordo para as negociações Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton afirmam: “A elaboração de um esqueleto, não importa quão detalhado ele seja, ajudará a assegurar que questões importantes não sejam descuidadas durante a negociação. Tal acordo servirá como ponto de partida e agenda para a negociação, auxiliando-o a usar seu tempo de maneira eficaz”. (*Como chegar ao sim*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 187).

³⁵⁰ Vide o Anexo para um exemplo de termo padronizado utilizado em conciliações com o INSS.

³⁵¹ No artigo 2º, V, do Código de Ética da Resolução nº 125/10, estabelece-se que ao conciliador e ao mediador cabem garantir a “*compreensão quanto à conciliação e à mediação*”, ou seja, possuem o dever “*de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento*”.

haver acordo, porém, reputa-se relevante que o conciliador esclareça a possibilidade de retomada das negociações, privilegiando-se, assim, a solução consensual.³⁵²

Em suma, com essa breve passagem pelas fases da conciliação, o que se pretendeu foi notar como há um espaço (e muitas vezes uma necessidade) para maior intervenção do conciliador quando lida com conflitos previdenciários. Há uma procura pelo esclarecimento de conceitos, pela explicitação das fases do procedimento e, não raras vezes, por sugestões.

4.2.6. E se o conciliador considerar o acordo injusto?

Para encerrar este item acerca da atuação do conciliador leigo durante a tentativa de conciliação, resta enfrentar a seguinte pergunta: e se, apesar de tudo, a parte autora mesmo assim quiser aceitar a proposta do INSS de pagamento de apenas uma parte dos atrasados em um patamar que o conciliador reputa injusto?

Segundo Nolan-Haley, a renúncia de direitos requer conhecimento suficiente, compreensão e voluntariedade.³⁵³ Quando houver envolvimento de direitos previstos constitucionalmente, o grau exigido de compreensão e voluntariedade é maior.³⁵⁴ Trazendo a discussão para os conflitos previdenciários, nota-se que a própria natureza da prestação permite que haja uma renúncia a uma parte dos atrasados.³⁵⁵ O que se notou é que, para tanto, a renúncia deve ser consciente e não representar ofensa à ordem pública.

No entanto, questiona-se se, desde que não haja repercussão no interesse geral, poderia haver a renúncia total do benefício ou se haveria algum limite de valor para o que possa ser renunciado. A resposta passa pela decisão informada. Desde que as partes tenham consciência do que estão fazendo, podem renunciar.³⁵⁶ Embora, à primeira vista,

³⁵² Ao tratar do encerramento, Érica Barbosa e Silva afirma que o “conciliador deve ainda frisar que as partes podem retomar as negociações a qualquer momento, buscando soluções consensuadas para o conflito” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 277).

³⁵³ *Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 822.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 822.

³⁵⁵ Sobre a natureza da prestação previdenciária, vide Capítulo 2, item 2.1.2, *supra*.

³⁵⁶ Conforme Jacqueline Nolan-Haley: “Certainly, permitting parties to waive the right to receive information in mediation is consistent with the values honored by informed consent and respects individual competence to engage in autonomous decisionmaking. Likewise, permitting parties to waive legal entitlements that a court might award them is consistent with the values supported by informed consent. It is questionable, however, whether waivers that affect the normative standard of fairness in mediation should ever be permitted, although I recognize that this may smack of the very paternalism that the principle of informed consent is designed to avoid. Nevertheless, as a matter of public policy there are some waivers that the law does not enforce; I would include in this category waivers which implicate fairness” (*Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 822). Em seguida, em nota de rodapé, a autora explicita o que, para ela, seria um exemplo de direito a que não se pode renunciar: “In my view, information about the mediation process is essential to

isso pareça indicar a renúncia potencial de qualquer que seja o direito, existe um núcleo procedimental decorrente das próprias premissas: a renúncia pode existir desde que baseada em uma decisão informada.³⁵⁷

Em consequência, não se pode renunciar ao direito de receber informações essenciais que asseguram a decisão informada, como é o caso de informações sobre o processo conciliatório.

Desse modo, desde que a decisão tomada pelo indivíduo tenha sido consciente, ou seja, baseada em uma decisão informada, indicando que havia uma base adequada de poder entre as partes e não havendo indícios de que os parâmetros de ordem pública foram desrespeitados, cabe ao conciliador aceitar a opção feita. Em contrapartida, caso note que a decisão não foi livre, mas tomada sob pressão e em decorrência do desequilíbrio do poder, cabe refutar o uso da conciliação.³⁵⁸

Na dúvida, porém, entende-se que o conciliador deve presumir que a decisão das partes foi legítima. O controle mais rigoroso quanto a esse aspecto compete ao juiz, quando da homologação do acordo, devendo o conciliador ter maior cautela sempre que lidar com questões acerca do conteúdo do acordo, uma vez que não lhe compete a decisão final sobre esse aspecto.³⁵⁹

4.3. Após a sessão de conciliação: as vedações de atuação em casos futuros

A atividade mais intensa do conciliador leigo ocorre durante a sessão de conciliação. A atuação após a conciliação é mais centrada no juiz, que irá homologar ou não o acordo, ou no Judiciário institucionalmente considerado na avaliação da eficácia do programa realizado. No entanto, assim como há alguns cuidados voltados ao conciliador que são prévios à sessão, também existem aspectos que são posteriores.

secure consent to participate. Participation disclosure information, therefore, should be nonwaivable unless a person is well-versed in the mediation process” (ibid., p. 822, nota 230).

³⁵⁷ Sob outro ângulo, é possível considerar o respeito à ordem pública como núcleo material, cabendo remeter ao que foi afirmado no Capítulo 2, especialmente no item 2.2 e 2.2.1, *supra*. Assim, reitera-se que, embora se entenda possível a renúncia total dos valores em atraso, há limites de ordem pública que são irrenunciáveis. Seriam indevidas condicionantes ao acordo como, por exemplo, a renúncia do INSS ao regime de precatórios.

³⁵⁸ Em situações de desigualdade, Érica Barbosa e Silva defende que “o terceiro facilitador deve considerar esses desníveis de poder e utilizar, tanto quanto possível, técnicas para compensá-los. Não sendo possível, deve rechaçar a utilização do meio consensual” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 61).

³⁵⁹ Tal ideia é desenvolvida quando se trata da homologação do acordo no capítulo seguinte, especialmente no item 5.3.1, *infra*.

A importância do papel do conciliador é visível e a ele se aplicam as mesmas causas de suspeição e impedimento do juiz. Além disso, o Novo Código de Processo Civil, no artigo 149, é expresso no sentido de que o conciliador judicial é um dos auxiliares da Justiça. Por sua vez, o artigo 8º do Projeto de Lei nº 7.169/14, em definição ampla do mediador que abrange o conciliador, equipara-o a servidor público para os efeitos da legislação penal. Acrescente-se que o artigo 1º, I, do Código de Ética da Resolução nº 125/10, ao elencar a confidencialidade como um dos princípios fundamentais, define-a como o “*dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese*”.³⁶⁰

Assim, entende-se que o conciliador deve se abster de atuar como advogado, representante, assessor, árbitro ou testemunha no que se refere às partes que já lhe foram submetidas à tentativa de conciliação. Isso porque a atuação, ainda que posterior ao término da sessão, além de comprometer a confidencialidade, pode causar a impressão na parte contrária de que a parcialidade já estava presente antes, o que pode comprometer a legitimidade do procedimento em casos futuros.

Da mesma forma, a confidencialidade impede que o conciliador, em caso de não acordo, preste informações ou recomendações para o juiz que irá decidir a causa. Assim, embora sejam aceitáveis relatórios gerais dissociados de casos concretos com o objetivo de contribuir para um aprimoramento do procedimento, não se permite que haja comunicação com o juiz da causa e muito menos sugestões para decisão com base no ocorrido durante a sessão. Não se pode, por exemplo, relatar o comentário de um segurado que afirma que está se sentindo melhor de uma moléstia que o perito médico judicial qualificou como incapacitante em perícia anterior, sob o pretexto de que estaria auxiliando o juiz que irá julgar a causa.³⁶¹

³⁶⁰ Cabe destacar que, no artigo 172 do Novo CPC estabelece-se que o “*conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes*”. Já no Projeto de Lei nº 7.169/14 a vedação é ainda mais severa, ao se estabelecer nos artigos 6º e 7º, respectivamente, que o “*mediador ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer parte que tenha se submetido a mediação por ele conduzida nos 2 (dois) anos anteriores*” e que salvo “*acordo em sentido contrário, o mediador não poderá atuar como árbitro, nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador*”.

³⁶¹ Para Daniela Monteiro Gabbay, os “mediadores também não podem fazer relatório, avaliação ou recomendação para os juízes ou qualquer outra autoridade que tenha alguma relação com o caso levado à mediação, podendo apenas relatar se houve ou não acordo” (*Mediação & Judiciário...*, cit. p. 31). Na posição

4.4. Síntese

Neste capítulo, procurou-se tratar, por meio de parâmetros gerais, do papel a ser desempenhado pelo conciliador antes, durante e após a sessão de conciliação. Assim, observou-se que, antes da sessão, o conciliador deve ser devidamente capacitado, zelar pela adequação do ambiente e ainda proceder a uma análise prévia do conflito. Em seguida, durante a sessão, reside a maior parte de sua atuação. A partir da premissa de que a atuação baseia-se na garantia de uma base de poder adequada para que seja possível a tomada uma decisão informada pelas partes, defendeu-se que o grau de interferência do conciliador durante a sessão deve ocorrer apenas na medida necessária para que esse tipo de decisão seja garantido. Por isso, o oferecimento de sugestões deve ser reservado como a última alternativa, cabendo antes o fornecimento de informações. Destacou-se também que, em nenhuma hipótese, o conciliador deve avaliar, apenas rejeitando o acordo ou o emprego do método em situações excepcionais em que não seja possível garantir minimamente a decisão informada ou em caso de visível ofensa à ordem pública. Por fim, depois da sessão, embora menor a atuação, não podem ser esquecidas a existência de deveres relativos à suspeição, ao impedimento e à confidencialidade.

Desse modo, defende-se que não cabe exclusivamente ao conciliador leigo lidar com o desequilíbrio de poder entre o indivíduo e o INSS. Essa atribuição deve ser compartilhada com o juiz conciliador e o Judiciário conciliador interinstitucional, como se passa a analisar nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO 5: O JUIZ CONCILIADOR

A atuação do juiz como conciliador apresenta duas facetas principais que se relacionam e se complementam. Uma é a do organizador, criando e avaliando o procedimento conciliatório a ser adotado, estando essa atividade inserida no contexto do gerenciamento de casos. Outra é a do participante direto da tentativa de conciliação, atuando como facilitador da comunicação de maneira mais próxima ou mais distante das partes em conflito e, em todo caso, exercendo controle sobre o acordo, quando da homologação.

Neste capítulo, ao analisar o papel do juiz do conciliador antes, durante e depois das sessões de conciliação de conflitos previdenciários, nota-se que, seja como organizador, seja como participante direto da conciliação, persiste a necessidade de se garantirem as condições para a tomada de uma decisão informada pelas partes. Isso, mais uma vez, implica o equilíbrio entre uma maior e uma menor interferência, entre a proximidade e o distanciamento.

5.1. Antes da sessão de conciliação: gerenciamento de casos e desenhos de procedimentos conciliatórios

Sidnei Agostinho Beneti³⁶² afirma que, nos tempos modernos, os juízes têm de se adaptar à “realidade pletora de processos”. Nessa realidade, existiriam dois tipos de magistratura com que se deve igualmente conviver: a *magistratura artesanal* e a *magistratura de massa*. A *magistratura artesanal* seria aquela do caso único, cujos pormenores precisam ser verificados passo a passo, ponto por ponto. Já a *magistratura de massa* seria aquela da grande quantidade de situações processuais repetitivas, que “acabam ganhando relevância operacional na razão direta do volume enorme de casos e pessoas envolvidas”.

³⁶² Da conduta do juiz. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10-11.

Embora na mesma passagem o autor saliente que a magistratura de massa é muito relevante e que seus casos não são menos importantes, nota-se certa hierarquização. Isso porque Beneti afirma que “a massa de trabalho precisa ser vencida, para que sobre tempo para os processos das questões para as quais será necessário trabalho artesanal”.³⁶³ Acrescenta ainda: “Temos que ser bons profissionais no trabalho em série, para que possamos ser bons juízes-artesãos”.³⁶⁴ Não por acaso, cita como exemplo da magistratura de massa os processos de acidentes do trabalho, mais uma situação em que se pleiteia algum benefício em face do INSS.³⁶⁵

Para fins deste trabalho, importa observar que, nessa atividade gerencial de processos, especialmente dos casos repetitivos ou da referida *magistratura de massa*, ganha relevância o emprego de meios consensuais de solução de controvérsias. Há, assim, uma aproximação entre o gerenciamento de casos repetitivos e o uso de mecanismos consensuais.

De fato, Daniela Monteiro Gabbay³⁶⁶ nota que a “mediação tem uma forte ligação com o gerenciamento dos processos e com práticas de gestão do Judiciário”. É comum, inclusive, que os mecanismos consensuais sejam diretamente associados com a própria definição do gerenciamento de processos, como se percebe do conceito proposto por Paulo Eduardo Alves da Silva:³⁶⁷

O “gerenciamento de processos” pode ser compreendido como o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, **com o menor dispêndio de tempo e custos**. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, **a abertura para a resolução alternativa do conflito** e o planejamento do andamento e dos custos do processo. (g.n.)

³⁶³ *Da conduta do juiz*, cit. p. 10.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 10.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 11.

³⁶⁶ *Mediação & Judiciário...*, cit. p. 180. Também relacionando o gerenciamento de processos com o emprego de meios consensuais, vide GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjan; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-34.

³⁶⁷ *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

No mesmo sentido, Kazuo Watanabe³⁶⁸ afirma que a ideia de juiz ativo na condução do processo está na base do *case management* do sistema processual norte-americano. Para o autor, *case management* define-se como “uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: (a) identificação das questões relevantes, (b) **maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias** e (c) programação do tempo necessário para a conclusão adequada de todos os passos processuais” (g.n.).

Desse modo, ainda que o gerenciamento possa operar por outras técnicas e possa haver o uso das ADR sem gerenciamento, existe uma interação simbiótica entre os dois.³⁶⁹

Acrescente-se que, no tratamento judicial de conflitos previdenciários ou, em sentido mais amplo, de casos envolvendo a Administração Pública, é comum que haja o uso de mecanismos consensuais para enfrentamento da litigância repetitiva. Segundo Marcella Araujo da Nova Brandão,³⁷⁰ se é certo que a consensualidade pode ter aplicação nas diversas formas de atuação da Administração Pública, é especialmente nas demandas em curso no Poder Judiciário decorrentes de teses repetitivas que ganha força.

Assim sendo, a associação entre gerenciamento de casos e litigância repetitiva contra o INSS pode provocar a sobrevalorização da quantidade em detrimento do tratamento adequado do desequilíbrio de poder que costuma se apresentar. Nesse aspecto, ainda que a legislação processual brasileira propicie um ambiente favorável para o gerenciamento de processos, não se trata de uma técnica sistematizada ou regulamentada.³⁷¹ Com isso, as práticas gerenciais normalmente se desenvolvem baseadas em escolhas feitas pelo próprio juiz, havendo o risco real de que, sob o amplo fundamento da efetividade, da celeridade, da instrumentalidade das formas e da economia processuais, justifiquem-se práticas voltadas para a produção do maior número de acordos no menor tempo e ao menor custo. Mais uma vez, existe a tensão entre quantidade e qualidade.³⁷²

Note-se que o Código de Processo Civil de 1973 já estabelecia que o juiz deveria “*tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*” (art. 125, IV). Cabia a ele designar audiência preliminar em que, entre outras providências, poderia tentar a conciliação (art.

³⁶⁸ A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

³⁶⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, cit. p. 40.

³⁷⁰ A Possibilidade do Uso de Métodos Consensuais para Solução de Conflitos Envolvendo Servidores Públicos Federais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 432.

³⁷¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, cit. p. 138.

³⁷² Vide Capítulo 1, item 1.2, *supra*.

331). Em certos casos, deveria também determinar o comparecimento das partes antes do início da instrução, para que se tente a conciliação (art. 447 a 449).

Esses deveres são mantidos e reforçados no Novo Código de Processo Civil de 2015. De fato, o artigo 139, V, incumbe ao juiz, “*promover, a qualquer tempo, a autocomposição*”. Além disso, a designação de audiência de conciliação ou de mediação passa a ser a regra, não estando limitada a certos casos (art.334).

No entanto, a despeito das alterações, não se vislumbra qualquer sanção processual para o juiz que não tenta conciliar as partes, podendo não tentar, de maneira efetiva, conciliar as partes em tempo algum. É certo que o Novo CPC não repete uma previsão como a do §3º do artigo 331 do CPC/73, segundo o qual o juiz poderia dispensar a audiência preliminar caso entendesse que o direito em litígio não admitia transação ou que as circunstâncias da causa evidenciavam ser improvável sua obtenção. Ainda assim, nada impede que se tente apenas formalmente a autocomposição, repetindo práticas anteriores ao Novo CPC, em que alguns juízes se limitavam à pergunta se existia ou não proposta de acordo.

É por isso que permanece válida a afirmação de Rodolfo de Camargo Mancuso de que deve haver “o necessário engajamento do juiz moderno no esforço comum pela composição justa dos conflitos, não necessariamente através da sentença de mérito (e, em alguns casos, preferencialmente sem ela), mas consentindo outros meios, auto e heterocompositivos”.³⁷³ Por isso, a opção por tentar, de fato, a conciliação em conflitos previdenciários é em si mesma uma opção a ser valorizada.

A adequação do uso da conciliação para tais conflitos foi justificada no primeiro capítulo deste estudo.³⁷⁴ Aqui é importante perceber que, uma vez admitida a conciliação para conflitos previdenciários, existe certa flexibilidade que permite o estabelecimento de desenhos procedimentais diversos. De fato, se o juiz pode tentar a conciliação a qualquer tempo (art.125, IV, do CPC/73 e art.139, V, do CPC/15), nada impede, por exemplo, que seja designada uma audiência além da prevista no rito ordinário apenas com essa finalidade. Não se pode esquecer ainda que as conciliações previdenciárias ocorrem

³⁷³ *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

³⁷⁴ Vide, especialmente, item 1.5, *supra*.

também em causas em trâmite no Juizado Especial Federal, em que o princípio da informalidade é marcante.³⁷⁵

Assim, pode-se aproximar o gerenciamento de processos do desenho de sistema de disputas.³⁷⁶ O juiz, na gestão dos processos sob sua responsabilidade, pode valer-se de mecanismos consensuais como a conciliação. Ao delinear como o mecanismo será usado, é comum que o juiz projete um desenho procedimental próprio. Dessa forma, vê-se espaço para a atuação do próprio juiz como *designer*,³⁷⁷ sendo conciliador sob o viés de organizador do procedimento conciliatório.³⁷⁸

Assim sendo, por meio da descrição e análise das características principais de alguns desenhos procedimentais comumente adotados na conciliação de conflitos previdenciários, é possível discutir qual a postura mais adequada que se espera do juiz conciliador, sob a faceta de organizador.

5.1.1. Os desenhos procedimentais

As possibilidades de desenhos procedimentais para tratamento de conflitos previdenciários pela conciliação são múltiplas e praticamente ilimitadas, bastando lembrar que as conciliações podem ocorrer em diversos ambientes do Poder Judiciário. De fato, com a Resolução nº 125/10, a conciliação pode ser desenvolvida em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, sendo a tarefa de estabelecer o desenho procedimental retirada do juiz da causa ou ao menos compartilhada entre ele e o juiz

³⁷⁵ O princípio da informalidade é previsto no artigo 2º da Lei nº 9.099/95, sendo aplicável aos Juizados Especiais Federais em decorrência do artigo 1º da Lei nº 10.259/01.

³⁷⁶ Nos limites deste trabalho, não se pretende avançar no estudo mais detalhado do desenho de sistemas de disputas – também conhecido pela sigla *DSD* – mas apenas fixar a relação existente entre o papel do juiz como gerenciador de casos e, por isso, responsável pelo desenvolvimento procedimental adequado. Na bibliografia brasileira sobre o *DSD*, cabe mencionar, entre outros: FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: Desenho de Sistemas de Disputas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 257-274; FALECK, Diego. Desenho de Sistemas de Disputas no Contexto da Justiça Federal: Uma Introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 229-251; FALECK, Diego; FONTES, Marcus; FONTES, Max; DUZERT, Yann. Nova arquitetura institucional no sistema de disputas do Brasil: Câmara de Indenização TAM 3054. In: ARROW, Kenneth J.; MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee; TVERSKY, Amos; WILSON, Robert B.; DUZERT, Yann (coord.). *Barreiras para Resolução de Conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350-357.

³⁷⁷ Diego Faleck afirma que o juiz pode se valer de um *designer* na qualidade de auxiliar da Justiça (Desenho de Sistemas de Disputas no Contexto da Justiça Federal..., cit. p. 241). Todavia, defende-se, no presente trabalho, que nada impede que o próprio juiz atue como *designer*, projetando o desenho do procedimento conciliatório que pretende adotar nos processos sob sua responsabilidade.

³⁷⁸ A atuação do conciliador como organizador foi referida anteriormente no Capítulo 3, item 3.1, *supra*.

coordenador do Centro. Além disso, as conciliações podem ser realizadas tanto em primeira instância como em segunda instância. Podem ser realizadas tanto na Justiça Estadual, no exercício da *competência delegada* (art. 109, §3º, da CF) como na Justiça Federal. Cada um desses ambientes estará inserido em um contexto próprio, a justificar diverso desenho procedimental.

Seja qual for o local ou o modelo adotado, o importante é perceber que, na função de organizador, o juiz continua adstrito à finalidade de criar as condições baseadas em um devido processo legal mínimo, que permita a tomada da decisão informada pelas partes. Deve, assim, valer-se de um desenho procedimental que, estando de acordo com o conflito previdenciário e com os parâmetros do devido processo legal mínimo, reúna maiores condições para se atingir o objetivo da decisão informada.

Em linhas gerais, é possível notar que os desenhos procedimentais comumente adotados na conciliação de conflitos previdenciários seguem três modelos básicos:³⁷⁹

a) de maneira totalmente escrita: em momento posterior à instrução, os casos são analisados por procuradores federais que, quando entendem cabíveis, apresentam propostas de acordo por escrito nos autos. Em seguida, a parte autora é intimada para manifestação e não há sessões de conciliação.³⁸⁰

b) com distanciamento dos atos instrutórios e parcialmente escrita. Após a produção e documentação da prova necessária para viabilizar eventual acordo (laudo médico, oitiva de testemunhas, etc.), os autos são remetidos à procuradoria para análise. Após a seleção dos casos, a procuradoria apresenta as propostas em sessões ou audiências de conciliação concentradas designadas para tanto. Assim, continua a existir um

³⁷⁹ Ressalte-se que, embora sejam indicados em notas de rodapé exemplos de localidades em que tais modelos já vieram a ser implantados, a lista não é exaustiva e nem serve para fins estatísticos. De fato, o objetivo neste estudo é antes discutir os modelos em si do que realizar uma investigação empírica sobre sua maior ou menor incidência no cenário brasileiro.

³⁸⁰ A partir da leitura de descrição de práticas variadas, tem-se que tal modelo existe ou ao mesmo já foi adotado, exemplificativamente, nas seguintes localidades: no Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul (cf. NASCIMENTO, Danilo Moreira. *Central da Conciliação: autocomposição como forma de defesa inteligente do INSS e de promoção da cidadania. Uma visão transformadora da Advocacia Pública Federal*. Inscrição para a Edição IX – 2012, do Prêmio Inovare; disponível em: <http://migre.me/mJo96>, acesso em: 28 out. 2014); em casos de recursos encaminhados ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (cf. informação disponível em: <http://migre.me/mJp1I>, acesso em: 09 nov. 2014); em casos de recursos encaminhados ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (cf. SANTANA, Daldice; MAIOLINO, Eurico Zecchin (Coord.). *Manual da Conciliação da Justiça Federal da Terceira Região*, cit. p. 111-113); em casos de recursos encaminhados ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (cf. informação disponível em: <http://migre.me/mJp1I>, acesso em: 09 nov. 2014).

distanciamento temporal entre a produção da prova e a sessão de conciliação. No entanto, diversamente do primeiro modelo, o contato direto entre as partes existe.³⁸¹

c) com atos instrutórios seguidos de tentativa de conciliação oral. As provas necessárias são produzidas em audiências sequenciais concentradas (produção de laudo oral, oitiva de testemunhas, etc.) em que o procurador federal está presente. Após a produção da prova, o procurador verifica a possibilidade de acordo e o apresenta oralmente. Existe, assim, uma proximidade entre produção de prova e tentativa de conciliação, valorizando a ideia de uma audiência una para instrução, conciliação e, em alguns modelos, julgamento.³⁸²

Tal descrição permite observar que apenas na forma “a” não há sessão de conciliação, o que torna prejudicada a organização das pautas temáticas concentradas previstas nos modelos “b” e “c”. No entanto, todos os modelos permitem que a triagem seja feita pelo INSS após a instrução dos feitos. Cabe, então, proceder a uma análise mais detalhada da diferença (presença ou ausência de audiência) e das similitudes (triagem, momento processual e pautas temáticas concentradas), com o objetivo de notar até que ponto os modelos são adequados para o objetivo de se garantir a decisão informada.

5.1.2. A audiência de conciliação

Iniciando pelo aspecto distintivo mais visível entre os três modelos descritos, nota-se que, na forma “a”, não existe previsão de uma audiência de conciliação, fazendo com que o procedimento conciliatório desenvolva-se de maneira totalmente escrita.

³⁸¹ A partir da descrição das práticas em meios eletrônicos diversos, tem-se que tal modelo é ou foi adotado, por exemplo: na 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, ao menos entre os anos de 2008-2009 (PINTO, Joaquim Eurípedes Alves. *Inversões processuais agilizadoras: resultado de uma “parceria” da Justiça Federal com a Procuradoria do INSS*. Inscrição para a Edição VI – 2009, do Prêmio Inovare; disponível em: <http://migre.me/mJoce>, acesso em: 28 out. 2014); na Comarca Estadual de Dracena/SP, em processos previdenciários decorrentes da *competência delegada* (cf. informação disponível em: <http://migre.me/mJpHx>, acesso em: 09 nov. 2014); e na Central de Conciliação da Justiça Federal de São Paulo, em casos de benefícios por incapacidade que tramitavam no Juizado Especial Federal (cf. informação disponível em: <http://migre.me/mQvF7>, acesso em: 15 nov. 2014).

³⁸² Exemplificativamente, notam-se descrições de práticas que já adotaram modelos dessa natureza nas seguintes localidades: na 1ª Vara Federal de Jacarezinho/PR (cf. SPALDING, Mauro; TAKAHASHI, Bruno. *Técnica de aceleração e efetividade de processos de benefícios por incapacidade administrados pelo INSS: a prática adotada na Vara Federal de Jacarezinho/PR*, disponível em: <http://migre.me/mJoNb>, acesso em: 18 abr. 2014); na 1ª Vara Federal de Itapeva/SP (cf. descrição da prática disponível em: <http://migre.me/mQvvy>, acesso em: 15 nov. 2014) e em um juizado autônomo da 1ª Região não identificado, mas referido em pesquisa empírica realizada pelo IPEA (*Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit. p. 139-140).

Em geral, a ausência da audiência de conciliação é justificada por critérios baseados na eficiência: dificuldade de se reunirem autores residentes em cidades diversas, considerando-se que o modelo comumente é adotado em grau recursal; dispêndio desnecessário de tempo de magistrados e/ou conciliadores em casos que poderiam ser resolvidos por escrito; gastos com intimações e com a própria estrutura física; maior demora na tramitação do processo, entre tantos outros.

Nesse sentido, por exemplo, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva³⁸³ defende que inexistente motivo para colocar toda a responsabilidade pela rápida solução do processo na audiência, como se fosse ela “a panaceia da Justiça ou a única forma de se chegar a um acordo”. Salienta que a celeridade se consegue minimizando a prática de atos processuais. Por sua vez, a celeridade das audiências exigiria disponibilidade de tempo, de meios físicos e humanos, “necessidades muitas vezes incompatíveis com as realidades orçamentárias dos Tribunais e com a demanda que aporta diariamente nos Fóruns”.

No entanto, as vantagens citadas parecem sobrevalorizar uma lógica quantitativa que se distancia muitas vezes do tratamento adequado do conflito previdenciário. De fato, a construção conjunta da legalidade,³⁸⁴ com a participação do indivíduo e do INSS, é dificultada se as partes não se encontram presentes em um mesmo ambiente. O diálogo franco e direto que se pretende é trocado por um conjunto de petições escritas que nem sempre traduzem adequadamente os interesses de cada envolvido.

Além disso, sem que haja audiência, afasta-se a atividade do conciliador leigo tratada no capítulo anterior. Assim, as técnicas para maior ou menor interferência, o uso de habilidades comunicativas, as estratégias para mitigar o desequilíbrio de poder, tudo é excluído junto com a audiência de conciliação. Em substituição, em geral o juiz passa a intimar as partes para se manifestarem, proferindo novo despacho padronizado a cada contraproposta.

A ausência da audiência mitiga a oralidade e, assim, pode afetar negativamente a busca do consenso. De fato, essa relação é percebida por Paulo Afonso Brum Vaz³⁸⁵ ao tratar da realidade dos Juizados Especiais Federais, em trecho que pode ser generalizado também para os demais tipos de procedimentos:

³⁸³ *Juizados Especiais Federais Cíveis: Competência e Conciliação*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 140.

³⁸⁴ Sobre esse aspecto, vide Capítulo 2, item 2.5, *supra*.

³⁸⁵ O Microssistema dos Juizados Especiais Federais Cíveis (JEFs) e a (Re)afirmação do Modelo de Justiça Consensual pela Introdução da Fase Pré-Litigiosa Autocompositiva nas suas Estruturas Comunicativas. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 340.

Conduzindo o processo para uma forma o quanto possível escrita, os nossos juízes de Juizados Especiais Federais, acostumados a dicotomizar matérias de fato e de direito, atenuam o imperativo categórico de oralidade e suprimem, por conveniência de pauta e economia de tempo, a convocação das partes para a audiência (momento por excelência do convite às partes para uma composição amigável). Sem audiência não há oralidade, nem oportunidade de as partes serem ouvidas e muito menos de chegarem a uma solução consensual. Sonegado o direito de participação democrática no processo, abdica-se da faticidade, da busca da unidade de sentidos pelo diálogo.

É certo que deficiências estruturais, como a falta de espaço físico ou de pessoal adequado, podem impedir qualquer outra prática conciliatória que não a do modelo totalmente escrito. Nesse caso, reputa-se necessário questionar se os benefícios obtidos (como, por exemplo, a implantação mais rápida do benefício pleiteado) justificam os prejuízos (como a menor falta de diálogo entre as partes). Caso se entenda pela adoção do modelo escrito, cabe então reconhecer que se está adotando a melhor estratégia possível de acordo com as conjunturas do momento, o que não afasta e até exige o aprimoramento futuro rumo à forma ideal.

5.1.3. A triagem

Por sua vez, a triagem é tida como um dos momentos mais relevantes no gerenciamento de casos, pois é a partir dela que se direciona ou não determinado caso para a conciliação. Dada sua importância, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari³⁸⁶ defende inclusive que o juiz realize pessoalmente a triagem dos processos para que, constatando a possibilidade de obtenção de uma solução consensual, designe uma audiência de tentativa de conciliação ou encaminhe para o Setor de Conciliação e Mediação.

Além disso, considerando-se que a Resolução nº 125/2010 teve forte inspiração no Tribunal Multiportas do sistema norte-americano, cabe recordar que um dos principais elementos desse modelo é o direcionamento do caso para a “porta” mais adequada, no que se sobressai o papel da triagem.³⁸⁷

³⁸⁶ *Mediação Judicial...*, cit. p. 95 e p. 101-102.

³⁸⁷ Nesse sentido, vide LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Ibid.*, p. 105. Daniela Monteiro Gabbay, por sua vez, destaca a triagem como um momento sensível na institucionalização dos programas de mediação,

Em se tratando de conflitos previdenciários, a triagem envolve, sobretudo, a escolha do tipo de matéria apta à conciliação. Assim, são selecionados processos relativos a benefícios por incapacidade, a benefícios de salário-maternidade de trabalhador rural, a aposentadorias por idade rural, entre outros. A triagem é o primeiro passo que se costuma empregar para a posterior formação de pautas temáticas reunindo processos da mesma matéria.

A partir da triagem, delineia-se o curso daqueles feitos que podem ser passíveis de conciliação. Não raras vezes, dois ritos procedimentais são estabelecidos em uma mesma Vara em relação aos conflitos previdenciários: daqueles processos em que há possibilidade de acordo e dos que o acordo se mostra de antemão inviável.

Como observado na pesquisa empírica realizada por Maria Cecília de Araujo Asperti,³⁸⁸ é comum que também na triagem haja forte atuação dos grandes litigantes, no caso o INSS, que lista os processos que deseja remeter à conciliação, formando-se lotes que se transformam em pautas concentradas.

Isso, de fato, é observado nos três modelos citados acima, ainda que com gradações. Nos modelos “a” e “b”, a triagem é realizada em momento distinto ao da tentativa de conciliação, o que atribui integralmente ao INSS o papel de fazer a seleção dos casos em que pretende apresentar propostas. No modelo “c”, ainda que a decisão quanto à apresentação ou não da proposta de acordo continue com o INSS, o fato de a instrução ser praticamente simultânea à tentativa de conciliação faz com que possa haver uma maior participação do indivíduo, que pode ativamente participar da fase de instrução com vistas à conciliação. O autor pode, por exemplo, argumentar sobre a existência de uma incapacidade maior que a constatada pelo perito judicial, questionando o próprio perito presente à audiência ou apresentando ao representante do INSS documentos que atestam sua dificuldade em reingressar ao mercado de trabalho, como resultados desfavoráveis em exames médicos admissionais.

Cabe destacar também que, após a realização da triagem, não costuma haver questionamentos rigorosos sobre os critérios que o INSS utilizou para a escolha dos casos. Nos tipos “a” e “b”, simplesmente se intima a outra parte para manifestação ou se designa audiência de conciliação nos casos em que o INSS sinalizou a possibilidade de acordo.

salientando que “uma boa seleção é essencial para que as partes confiem no processo e, consequentemente, nos resultados obtidos” (*Mediação & Judiciário...*, cit. p. 245).

³⁸⁸ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 153.

É inegável que tais formas de triagem trazem a vantagem de se economizar tempo e custos, pois se evita o deslocamento desnecessário das partes para uma audiência em que o INSS não vê de antemão qualquer possibilidade de apresentar acordo. No entanto, se não há qualquer participação do indivíduo na seleção dos casos que se pretende conciliar e se o Judiciário apenas se encarrega de, mecanicamente, organizar a tentativa de conciliação dos casos apontados pelo INSS, entende-se que inexistente diálogo, o que pode obstar o avanço qualitativo.³⁸⁹

5.1.4. O momento processual da tentativa de conciliação

Como salienta Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva³⁹⁰ a conciliação pode e deve ser tentada a qualquer tempo. Portanto, nada impede que a proposta de acordo seja oferecida após a prova oral, após a sentença dada na audiência ou no prazo recursal. Isso nada mais é que uma decorrência lógica do previsto no artigo 139, V, do Novo CPC e que já era estabelecido no artigo 125, IV, do CPC.

No entanto, o que se observa nos modelos citados, é que invariavelmente a conciliação é tentada apenas após a instrução do feito. Mesmo no modelo “c”, ainda que haja participação do indivíduo na instrução, somente após a colheita das provas é que se passa à tentativa de conciliação. É possível notar essa prática até em procedimentos classificados como pré-processuais, mas que não dispensam a realização de prova técnica.³⁹¹ Outrossim, mesmo que a prova necessária seja exclusivamente documental, a regra é que, sem tais documentos, não se tente a conciliação.

³⁸⁹ Assim, nota-se a importância do diálogo interinstitucional entre INSS e Judiciário, tema este que é desenvolvido no capítulo seguinte.

³⁹⁰ *Juizados Especiais Federais Cíveis...*, cit. p. 140.

³⁹¹ Por exemplo, o Sistema de Conciliação Pré-Processual (SICOPP) implantado pela Justiça Federal do Paraná, voltou-se em sua etapa inicial aos benefícios por incapacidade distribuídos aos JEFs da Subseção Judiciária de Curitiba. O procedimento conciliatório foi descrito da seguinte maneira: “1) Recebimento do processo das Varas do Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. 2) Análise dos requisitos e documentos da petição inicial. 3) Designação de perícia médica, com intimação partes e perito. 4) Realização do exame pericial, com juntada de laudo imediatamente após o exame. 5) Verificação de viabilidade de conciliação e designação de audiência para a semana seguinte. 6) Realização da audiência de conciliação com homologação do acordo 7) requisição da implantação do benefício e devolução à Vara para providências finais de requisição de pagamento e arquivamento dos autos. Nas situações em que se mostra inviável a solução amigável do litígio é anexada pelos servidores do sistema de conciliação contestação oferecida pelo INSS ou reduz-se a termo a resposta apresentada em audiência, seguindo-se a devolução à Vara de origem para o regular processamento do feito.” (cf. SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. *Sistema de Conciliação Pré-Processual – SICOPP*. Inscrição para a Edição VI – 2009, do Prêmio Inovare. Disponível em: <http://migre.me/mQB6R>. Acesso em: 15 nov.2014). Desse modo, nota-se que a tentativa de conciliação, ainda que em um procedimento autodenominado pré-processual, somente é realizada após a realização de perícia médica.

A realização da tentativa de conciliação somente após a instrução, para além de limitar as possibilidades existentes para a resolução consensual de conflitos previdenciários, faz com que os riscos do INSS sejam significativamente minimizados. Associado ao paradigma da redução de valores em casos que a autarquia sabe que quase certamente irá sucumbir, tal prática pode mostrar-se prejudicial ao indivíduo.

Segundo Fernando Rubin,³⁹² as conciliações em benefícios por incapacidade só são realizadas, de ordinário, após a perícia médica judicial. De acordo com o autor,³⁹³ porém, “a lógica da composição dos processos é justamente a de serem divididos os riscos e as expectativas”, sendo “viável a composição do litígio a qualquer tempo, mais especialmente já na fase postulatória, prévia ao momento da realização de perícia oficial, quando há evidentes indícios que se colocam contra o resultado da perícia administrativa”. Para tanto, ele³⁹⁴ defende a valorização da audiência preliminar do artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, realizando-se uma tentativa de conciliação antes da fase instrutória e, inclusive, com a concessão de benefício previdenciário diverso do requerido na petição inicial, com base no artigo 475-N, inciso III, também do CPC/73.

A proposta é interessante e permanece válida diante do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista os artigos 139, V, e 515, II e §2º, do novo diploma legal. Salientou-se que, em uma forma ideal, a transação deveria ser reservada a casos de incerteza em que o procurador federal realizaria um juízo de ponderação que considerasse custos e benefícios, apresentando propostas de acordo com base em tal ponderação.³⁹⁵ Dessa forma, seria possível imaginar que, a partir da ponderação dos custos da realização de uma audiência de instrução e sendo verificado que tais custos não seriam justificáveis diante do caso, o procurador federal pudesse apresentar desde logo uma proposta de acordo.

Tome-se como exemplo a situação de um indivíduo com mais de sessenta anos que recebeu benefícios de auxílio-doença por diversos períodos ao longo dos últimos tempos. O último benefício, porém, foi indeferido administrativamente sob o fundamento de que a incapacidade, apesar de constatada, teria surgido mais de quatorze meses após a cessação do último benefício, não tendo o indivíduo contribuído durante esse período e nem recolhido contribuições depois do chamado *período de graça* do artigo 15, II, da Lei nº

³⁹² A Composição do Litígio via Acordo Judicial no Processo Previdenciário. *Revista Dialética de Direito Processual*. Número 134. São Paulo: Dialética, maio/2014, p. 37.

³⁹³ *Ibid.*, p. 37-38.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 38-40.

³⁹⁵ Vide Capítulo 2, especialmente item 2.5.2, *supra*.

8.213/91. Pela análise dos documentos trazidos com a inicial e pela consulta do histórico das perícias administrativas que ensejaram a concessão dos benefícios anteriores, o procurador federal pode assumir que, muito provavelmente, a perícia médica judicial irá constatar o início da incapacidade no período em que o indivíduo ainda possuía a qualidade de segurado. Ponderando os custos, poderia então, legitimamente, inferir que a transação seria viável, inclusive oferecendo um percentual de desconto que justificasse a antecipação da proposta de acordo.

Enfim, o exemplo mostra que o potencial de crescimento das conciliações previdenciárias passa também pela superação de um momento processual único para a tentativa do uso do mecanismo consensual. Isso permite, inclusive, que a tentativa de conciliação seja realizada antes do início formal de um processo.

5.1.5. As pautas temáticas concentradas

Outra constante quando há sessão de conciliação é a realização de pautas temáticas concentradas, considerando os grandes litigantes e as disputas mais frequentes.³⁹⁶ A prática pode ser associada à agregação informal de casos, possuindo visível característica gerencial.³⁹⁷ Assim, não se trata de prática prevista em lei, mas adotada por juízes no intuito de lidarem com demandas repetitivas. É o que costuma acontecer também na conciliação de conflitos previdenciários, como se nota pela descrição dos modelos “b” e “c”.³⁹⁸

A partir de pesquisa empírica, Maria Cecília de Araujo Asperti³⁹⁹ salienta que as “sistemáticas de mutirão e pauta concentrada favoreceriam o encaminhamento de representantes, por parte do grande litigante, com maior margem de acordo, proporcionando melhores condições para celebração de acordos nessas oportunidades”. Além disso, segundo Asperti,⁴⁰⁰ os atores envolvidos ressaltaram como vantagens da medida a possibilidade de se promover soluções mais uniformes, permitindo que se tenha

³⁹⁶ É a situação que foi observada, por exemplo, por Maria Cecília de Araujo Asperti na Central de Conciliação da Justiça Federal em São Paulo (*Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 93).

³⁹⁷ Nesse sentido, com referência ao ensinamento de Judith Resnik, é o posicionamento de Maria Cecília de Araujo Asperti (*ibid.*, p. 157-160).

³⁹⁸ Apenas no modelo “a”, por se tratar de forma totalmente escrita, não há pautas concentradas, ainda que, em alguns locais, o regime de envio de processos em lotes possa, de certo modo, ser associado a um tratamento massificado similar.

³⁹⁹ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 145.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 158.

uma noção mais clara do contingente de disputas similares, de modo a buscar soluções efetivas para que a causa das disputas seja reconhecida e enfrentada.

De acordo com a mesma pesquisa,⁴⁰¹ os entrevistados relataram que, além de facilitar a realização de diligências burocráticas (como a intimação do litigante habitual), idealmente a agregação dos casos permitiria que, ciente do grande contingente de processos, o grande litigante pudesse repensar suas práticas, de modo a reduzir efetivamente o volume de demandas. Haveria ainda a possibilidade de apresentação de propostas mais flexíveis, com o objetivo de obter uma redução significativa dos custos decorrentes da condução das demandas, bem como o comparecimento de representantes com poderes mais amplos de transação. Os mutirões também fomentariam um contato prévio entre Judiciário e grande litigante, o que possibilitaria a apresentação de propostas mais vantajosas ao litigante ocasional.⁴⁰²

Por sua vez, Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira⁴⁰³ destaca que os mutirões temáticos são a melhor expressão do esforço conjunto entre Judiciário e grandes litigantes, pois, antecédidos de preparação logística e fixação de parâmetros diretrizes, permitem que haja concentração de recursos humanos, “melhorando a qualidade das participações nas sessões de conciliação, com resultados muito superiores aos obtidos em tratamento individualizado”.

No entanto, nem sempre se pode associar a concentração de audiências com a melhoria da qualidade, ainda que ganhos qualitativos como propostas significativamente mais vantajosas possam existir. Maria Cecília de Araujo Asperti⁴⁰⁴ também menciona os seguintes riscos decorrentes dessa prática: há casos em que, para justificar a realização dos mutirões, o Judiciário acaba enfatizando demasiadamente o volume de acordos realizados, propiciando uma abordagem mais incisiva dos conciliadores; há situações de aproximação entre conciliadores e demais funcionários do Poder Judiciário com o litigante repetitivo, que se torna um “parceiro”; e há vezes em que existe uma ingerência do grande litigante na seleção dos casos que serão encaminhados à conciliação, o que lhe permite a escolha apenas de casos em que a chance de êxito é mais remota, enquanto o litigante ocasional não possui conhecimentos suficientes para traçar um prognóstico de êxito fundamentado.

⁴⁰¹ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 159.

⁴⁰² Esse último aspecto é desenvolvido no capítulo seguinte, em se trata do papel do Judiciário como conciliador interinstitucional.

⁴⁰³ Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 256.

⁴⁰⁴ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 160.

Por isso, a autora⁴⁰⁵ defende que o encaminhamento para as vias consensuais não deve ser realizado unicamente a critério do litigante repetitivo. Além disso, o uso de mutirões não deve inviabilizar o exame, ainda que preliminar, dos casos individuais e dos verdadeiros interesses dos indivíduos, de modo a refletirem em um resultado considerado justo pelas partes.

De fato, também no uso de pautas temáticas concentradas cabe a ponderação entre as vantagens e as desvantagens. A maior proximidade com o litigante habitual, no caso o INSS, pode transformar-se em um canal permanente de diálogo interinstitucional que permita ir além de mutirões contingenciais, ao mesmo tempo em que pode refletir em uma indevida parceria em desfavor do litigante ocasional. O benefício da economia processual não pode justificar a realização de audiência de conciliações sequenciais com intervalo de poucos minutos em que mal há tempo para o segurado compreender o que está se passando. De novo, a qualidade deve ser garantida para além da quantidade.

5.1.6. O desenho procedimental ideal

É certo que o desenho procedimental mais apropriado para as conciliações de conflitos previdenciários irá variar conforme o contexto de cada localidade. Mesmo a adoção de formas totalmente escritas pode ser a única opção em casos de regiões pobres em que o deslocamento a sede do juízo for muito custoso aos próprios indivíduos e, ainda assim, a conciliação se mostrar vantajosa por conta do pagamento antecipado dos valores. Ao sopesar o desenho procedimental a ser adotado, cabe ao juiz conciliador considerar toda a realidade em que atua, retomando-se a ideia de instrumentalidade metodológica do processo.⁴⁰⁶

De todo modo, após a análise dos três modelos descritos a partir de quatro aspectos selecionados – existência de audiência de conciliação, triagem, momento processual e pautas concentradas – percebe-se uma constante: para que o modelo, independentemente de qual for, seja adequado, é necessário que haja o respeito a um devido processo legal mínimo que permita a tomada de decisão informada pelas partes.

No caso do conflito previdenciário, isso significa a valorização das formas que permitam um contato mais direto entre as partes e o conciliador, que possibilitem um tempo suficiente de reflexão acerca da proposta e que, em suma, deem espaço para que o

⁴⁰⁵ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 160.

⁴⁰⁶ Sobre a instrumentalidade metodológica, vide, especialmente, item 1.3 do Capítulo 1, *supra*.

conciliador atue no movimento entre a proximidade e o distanciamento, contribuindo, assim, para a existência da base adequada de poder.

Em síntese, é o juiz que, de ordinário, vai escolher o procedimento a ser adotado, determinando, por exemplo, o número, o local e o dia das audiências. As opções de desenhos procedimentais para a conciliação com o INSS são relativamente amplas, cabendo ao juiz privilegiar aquelas formas que sejam mais adequadas ao conflito e que possam levar à tomada da decisão informada pelas partes mediante o respeito a um devido processo legal mínimo. Por isso, desenhos que valorizem uma maior possibilidade de o indivíduo ser ouvido e participar efetivamente da construção do resultado do processo são preferíveis.⁴⁰⁷

5.2. Durante a sessão de conciliação: o juiz na tentativa de conciliação

Como visto no item anterior, é inegável a importância do juiz como *designer* do sistema de disputas, o que se insere na ideia de gerenciamento de casos. Conforme André Gomma de Azevedo,⁴⁰⁸ nota-se que o juiz, além da função jurisdicional, assume também uma função gerencial.

Do mesmo modo, não é difícil afirmar que o juiz é o supervisor dos conciliadores que prestam serviço na sua Vara ou em Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania sob a sua coordenação. Como supervisor de conciliadores, o juiz deve, assim, zelar pelo treinamento adequado e pela prestação de um serviço de qualidade,⁴⁰⁹ a ele

⁴⁰⁷ Para tanto, as estratégias de que se pode valer o juiz conciliador são inúmeras e não são detalhadas neste trabalho, em que se preferiu enfocar os aspectos da audiência, da triagem, do momento processual e das pautas concentradas. De todo modo, poderiam ser citadas, por exemplo, a necessidade de criação de um ambiente adequado à conciliação; a existência de um corpo de conciliadores presentes e treinados adequadamente para o tipo de conflito; a reserva de tempo suficiente entre as sessões para a devida reflexão das partes; a possibilidade de obtenção de representação jurídica, entre outras.

⁴⁰⁸ Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

⁴⁰⁹ Segundo Érica Barbosa e Silva: “A resolução consensual dos conflitos, sob os auspícios do Judiciário, impõe um ônus adicional ao juiz, que deverá ainda acompanhar e fiscalizar todos os envolvidos nos Setores de Conciliação e Mediação. São os auxiliares da Justiça: escreventes, conciliadores e mediadores. É necessário haver adequada sistematização dos meios consensuais, bem como estímulo para que as partes os utilizem corretamente, competindo ao juiz realizar o controle desse sistema, ora institucionalizado. (...) Assim, como gestor dos Setores de Conciliação e Mediação, o juiz não deve sugerir aos conciliadores e mediadores que exerçam qualquer tipo de coação para que as partes alcancem o acordo ou ainda para que adiantem posicionamentos jurídicos. O juiz coordenador desses Setores deve sim orientar os profissionais para ficar atentos à realidade, voltando suas atividades à humanização da resolução do conflito e utilizando todas as técnicas possíveis. Deve também estimular os conciliadores e mediadores para que se preocupem com a litigiosidade remanescente, isto é, a que persiste mesmo depois de terminada a composição entre as partes, garantindo que a resolução represente de fato uma pacificação com Justiça” (*Conciliação Judicial*, cit. p. 318-319).

competindo selecionar e excluir conciliadores. Além disso, mesmo quando a orientação ao público seja realizada por um serventuário, a fiscalização e o acompanhamento cabem ao juiz.

O problema é saber qual o papel do juiz durante a tentativa de conciliação e se sua presença se mostra pertinente no caso dos conflitos previdenciários.⁴¹⁰

Defende-se que, no caso de uma situação de desequilíbrio de partes, como é o caso da conciliação com o INSS, a presença do juiz no momento da tentativa de conciliação é positiva, desde que exercida adequadamente.⁴¹¹ Significa dizer que não se rejeita, *a priori*, a presença do juiz na tentativa de conciliação, embora se defenda que sua interferência deva ser feita com cautela.

É importante, então, distinguir duas formas em que a atuação do juiz durante a tentativa de conciliação pode ocorrer: a primeira, relativa a tomadas de decisões secundárias com o objetivo de facilitar a conciliação; a segunda, relativa à efetiva atuação na aproximação das partes, de modo semelhante ao do conciliador leigo.

5.2.1. Tomada de decisões para facilitar a conciliação

Mesmo nos casos em que o juiz conciliador não possua poder decisório direto sobre a controvérsia que envolve as partes – ou seja, que o juiz conciliador é diverso do juiz da causa –, admite-se que ele tome decisões que seriam negadas ao conciliador individualmente considerado. Isso porque, ainda que eventualmente possua conhecimento jurídico, o conciliador tratado no capítulo anterior não deixa de ser um leigo, em oposição ao juiz togado. No máximo, com esforço interpretativo, poderia ser admitida a prática de atos meramente ordinatórios pelo conciliador leigo, nos termos do que era previsto no

⁴¹⁰ Evidentemente, essa pergunta se restringe a desenhos procedimentais em que se prevê uma sessão de conciliação. Em formas totalmente escritas (como no modelo “a” apresentado acima), o juiz atua de forma semelhante a que faz em processos totalmente adjudicatórios, intimando as partes para manifestação e, eventualmente, homologando o acordo firmado.

⁴¹¹ A partir de pesquisa empírica na Central de Conciliação da Justiça Federal em São Paulo, Maria Cecília de Araújo Asperti ressalta:⁴¹¹ “Reconhecendo o desequilíbrio entre o litigante ocasional (indivíduo) e o litigante repetitivo (ente federal), entrevistados enfatizaram a necessidade de que os juízes coordenadores estejam presentes no dia a dia da Cecon, participando de sua administração e acompanhando a atuação dos conciliadores e dos representantes das partes nas audiências de conciliação” (*Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 95). Em nota de rodapé a essa passagem, a autora transcreve o seguinte depoimento da juíza coordenadora da Cecon-SP: “Tem que ter juiz, até por causa do desequilíbrio. É ele que vai tentar trazer todo mundo para o mesmo pé. A longo prazo, não vai precisar mais ter juízes. Os juízes homologam hoje com o sistema virtual, homologa-se depois na própria vara, a distância. Mas eu acho que a gente ainda é essencial aqui. A gente sempre vai ter um ente federal de um lado, uma pessoa com um privado do outro lado, ainda que seja uma pessoa jurídica, às vezes é uma microempresa ou uma pessoa. Então a gente tem que fazer esse equilíbrio da coisa”.

artigo 162, §4º, do Código de Processo Civil de 1973 e é repetido no artigo 203, §4º, do Código de Processo Civil de 2015, como, por exemplo, a juntada do termo de acordo nos autos, a devolução dos autos à vara de origem, entre outros. Assim, o conciliador leigo poderia, no máximo, remeter os autos para homologação, mas a sentença homologatória somente poderia ser proferida por juiz togado.

No entanto, é comum que surjam diversas questões durante a tentativa de conciliação que não podem ser decididas pelo conciliador. Considere-se o exemplo simples de um indivíduo que comparece com advogado diverso ao que consta nos autos e esse novo defensor requer prazo para juntada de substabelecimento. Eventualmente pode ser permitida a apresentação de procuração alguns dias após a sessão, ficando a validade do acordo condicionada a tal apresentação. Em sentido contrário, pode se entender que somente com o substabelecimento em mãos é que se torna possível aferir a capacidade postulatória e a própria autonomia da decisão que se está tomando. Em qualquer das hipóteses, porém, é difícil imaginar que essa decisão caiba ao conciliador leigo e não ao juiz.

Outra situação comum é a decisão quanto à designação de nova data para continuidade da tentativa de conciliação. Entende-se que, se as partes livremente concordarem com essa redesignação, não haverá necessidade de atuação do juiz, uma vez que o acerto pode ser visto como um acordo procedimental, que já possuía inclusive fundamento no artigo 265, II, do CPC/73⁴¹² (equivalente ao art. 313, II, do CPC/15). Se, todavia, o conciliador pressentir que diante o ânimo elevado das partes o melhor seja adiar, mas uma das partes se negar a fazê-lo, reputa-se que o conciliador não pode decidir em sentido contrário. O juiz, porém, possui esse poder.

Além disso, é possível imaginar uma série de situações que, embora mais raras, podem ocorrer e exigem a presença de alguém com competência para decidir a questão. Por exemplo, se uma das partes alegar suspeição ou impedimento do conciliador, evidentemente não pode o conciliador decidir sobre esse aspecto. Se for necessário promover uma habilitação incidental de herdeiros que comparecem à tentativa de conciliação e apenas nela apresentam os documentos noticiando o falecimento do autor, ainda que haja concordância imediata do representante do INSS, o conciliador não pode

⁴¹² Como já citado no Capítulo 1, item 1.4.4, *supra*, Cândido Rangel Dinamarco cita a suspensão do processo por acordo das partes como espécie de conciliação (*Vocabulário do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 96-97).

deferir a habilitação. Se uma parte alega a necessidade de presença do Ministério Público Federal, não compete ao conciliador decidir se tal medida é imprescindível.

Os exemplos permitem perceber como a presença do juiz no ambiente das conciliações ou, ao menos, em local próximo a esse ambiente fazem com que as conciliações possam ser mais eficientes, evitando-se que a tentativa seja inviabilizada cada vez que surgirem questões dessa natureza.

5.2.2. Conciliando as partes

Se a tomada de decisões secundárias é compreensível, maiores discussões existem quanto à participação do juiz durante a tentativa de conciliação na aproximação das partes, de maneira semelhante à atuação do conciliador leigo.

Para incitar o debate, cabe citar uma pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos no início da década de 80 e relatada por Wayne D. Brazil.⁴¹³ Essa pesquisa baseou-se na opinião de um grupo aleatoriamente selecionado de advogados que haviam litigado em 4 cortes distritais federais (*federal district courts*): 812 no *Northern District of California*, 469 no *Western District of Texas*, 374 no *Western District of Missouri*, e 231 no *Northern District of Florida*.

A ampla maioria dos entrevistados indicou o desejo de terem juízes que participam mais ativamente das discussões para fins de acordo, inclusive apresentando avaliações explícitas sobre o caso e possuindo opiniões precisas sobre as melhores técnicas de negociação a serem utilizadas.⁴¹⁴ Nesse sentido, 85% dos advogados concordaram que o envolvimento dos juízes nas discussões do acordo pode aumentar significativamente a probabilidade de se chegar a um consenso. A maioria concordou também que os juízes deveriam se envolver nas negociações, mesmo que os advogados não tenham requerido esse auxílio.

De acordo com a pesquisa, o juiz que mais contribuiria com a dinâmica do acordo seria ativo em vez de passivo; seria analítico em vez de emocional ou coercitivo; conheceria os fatos e a lei envolvida no conflito em vez de se basear em fórmulas superficiais ou compromissos simplistas; e, após ouvir e aprender com uma mente aberta,

⁴¹³ Settling Civil Cases: What Lawyers Want From Judges: The results of this JAD-sponsored survey will surprise you. 23 *Judges' Journal*, 1984, p. 14-19.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 15.

forneceria uma avaliação explícita sobre a posição das partes e sugestões específicas acerca de como alcançar soluções.⁴¹⁵

O status judicial (*judiciary's status*) e a perspectiva única fariam com que o juiz tivesse um especial potencial para auxiliar as partes. No entanto, esse potencial somente seria concretizado quando os juízes possuísem a sensibilidade necessária para apresentarem suas opiniões.⁴¹⁶

Além disso, as ferramentas consideradas mais adequadas variariam conforme o tipo de caso. Por exemplo, a reunião do advogado com o juiz pouco depois do ajuizamento da ação, com o objetivo de identificar os pontos incontroversos e a lei aplicável, foi considerada mais popular entre advogados que normalmente lidam com pequenos casos. De modo semelhante, a manifestação do juiz em relação ao valor do acordo também foi considerada mais útil por advogados de casos menores. Por sua vez, advogados que lidavam com casos maiores tiveram uma tendência a preferir um juiz que sugerisse quais concessões seus clientes deveriam considerar e que possuíse uma abordagem mais agressiva durante as sessões de conciliação.⁴¹⁷

Notou-se ainda que o número de clientes injustificadamente recalcitrantes (*unreasonably recalcitrant client*) quanto à aceitação de um acordo recomendado pelo seu próprio advogado era mais elevado em casos menores e naqueles em que atuavam advogados menos experientes. Paralelamente, a opinião do juiz sobre a razoabilidade de um acordo produziria maior efeito em litigantes de casos menos complexos. Tal opinião do juiz também seria mais considerada por autores do que por réus e mais por clientes representados por advogados autônomos ou de pequenos escritórios (*solo practioners or lawyers practicing in small firms*) do que por aqueles representados por grandes escritórios (*big firm litigators*).

Em síntese, o tipo de cliente que mais resistiria a aceitar a opinião de seu advogado seria o indivíduo ou o pequeno empresário, ou seja, justamente o tipo mais receptivo (ou mais vulnerável) a aceitar a influência do juiz.⁴¹⁸ O relatório infere, então, que advogados de autores e pertencentes a escritórios menores geralmente tenderiam a perceber os juízes

⁴¹⁵ What Lawyers Want From Judges..., cit. p. 16.

⁴¹⁶ Ibid., p. 16.

⁴¹⁷ Ibid., p. 16.

⁴¹⁸ Ibid., p. 17.

como aliados na mesa de negociação ou, ao menos, esperariam ser beneficiados com a participação do juiz no processo conciliatório.⁴¹⁹

Reconhece-se que os resultados apresentados devem ser considerados com cautela para fins deste trabalho, na medida em que a pesquisa foi baseada em um sistema jurídico de bases diversas do brasileiro e foi realizada cerca de 30 anos atrás, sendo de se questionar sua validade atual mesmo nos EUA. Dessa forma, o ideal seria replicar pesquisa semelhante no Brasil dos dias atuais, o que se desconhece tenha sido feito. Seja como for, o relatório traz alguns aspectos que contribuem para o debate da matéria.

A hipótese que se levanta é a de que a autoridade representada pelo juiz conciliador, ainda que meramente formal,⁴²⁰ pode ser benéfica em situações de notório desequilíbrio de poder como os conflitos previdenciários. É por isso que, na pesquisa referida por Wayne D. Brazil, casos menos complexos envolvendo indivíduos representados por advogados menos experientes, ou seja, em que há uma situação de hipossuficiência de representação, a presença do juiz é vista como vantajosa.⁴²¹

Como salientado, o conciliador também é dotado de poder e, assim, vai necessariamente interferir na dinâmica existente entre as partes.⁴²² O poder do conciliador possui diversas fontes, sendo possível assumir que ele – e não apenas as partes – pode possuir poder estrutural, decorrente de sua autoridade formal. Nesse contexto, o juiz conciliador possui a autoridade formal do Estado-juiz, ao passo que o conciliador é um auxiliar da justiça. Assim sendo, a percepção das partes em relação à maior autoridade do juiz conciliador, ainda que não seja aquele que irá julgar a causa, pode ser útil se direcionada a uma estratégia eficiente para se lidar com o notório desequilíbrio existente nas conciliações previdenciárias.

De fato, o juiz pode ser tido como a representação do Estado e, assim, ao agir na tentativa de conciliação, representa a vontade estatal na composição consensual de litígios.

⁴¹⁹ What Lawyers Want From Judges..., cit. p. 17-18.

⁴²⁰ Fala-se em *autoridade formal* para ressaltar que não se está necessariamente diante de um juiz que tenha poder decisório sobre o conflito e que, nesse sentido, tenha também *autoridade material*.

⁴²¹ É interessante observar que esta característica dos advogados que representam os autores é comum nos Juizados Especiais Federais em casos envolvendo matéria previdenciária. De fato, segundo pesquisa do IPEA: “Ao longo das visitas aos juizados especiais, foi recorrente a reclamação sobre a baixa qualidade dos advogados particulares. O perfil desses profissionais, tal como delineado a partir das percepções dos juízes, servidores do juizado e procuradores e prepostos do INSS, é de pessoa jovem, recém-formada e sem conhecimento técnico da matéria e da prática previdenciária” (*Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit. p. 102).

⁴²² Vide Capítulo 3, especialmente item 3.2, *supra*.

Ainda que isso possa representar um traço paternalista,⁴²³ tem-se que a imagem de autoridade, em uma situação de notório desequilíbrio de poder, pode viabilizar a formação de uma base adequada de poder para além das possibilidades do conciliador leigo.

Imagine-se, por exemplo, que um indivíduo está duvidando das informações prestadas por seu advogado ou pelo conciliador. A informação, quando transmitida pelo juiz, ainda que idêntica, pode ser vista como confiável, dada a percepção de autoridade formal. Pode-se pensar ainda no caso em que o procurador federal que representa o INSS não aceite determinada intervenção feita pelo conciliador leigo na sugestão de opções; aproximando-se o juiz da mesa e apresentando a mesma sugestão, invariavelmente o comportamento não será questionado. Entende-se que esse é motivo pelo qual a pesquisa empírica realizada pelo IPEA nos Juizados Especiais Federais notou que o procurador federal tende a dominar a condução da audiência de conciliação quando o juiz está ausente. De fato, tal cenário é descrito da seguinte maneira:⁴²⁴

Quanto à matéria previdenciária, observa-se que os representantes do INSS costumam adotar duas posturas típicas: quando o juiz não está presente, são mais atuantes, assumindo a condução da dinâmica de conciliação e inquirindo ativamente a parte autora sobre diferentes aspectos do processo; na presença do juiz, tornam-se mais passivos, limitando-se a acompanhar o trabalho daquele e manifestando-se estritamente quando necessário.

Enfim, sustenta-se que a autoridade formal do juiz pode auxiliar na solução consensual de conflitos previdenciários, podendo, para tanto, valer-se de uma série de técnicas.⁴²⁵ Além disso, a autoridade do juiz conciliador pode ser também associada ao conhecimento técnico jurídico que lhe é presumido.

No Brasil, como regra, não existe remuneração para a atividade do conciliador judicial. Isso faz com que muitos voluntários sejam estudantes de Direito ou recém-

⁴²³ Apontando a origem da conciliação no Direito Canônico, Aloísio Surgik nota que o paternalismo da Igreja em matéria de conciliação foi transferida ao Estado (“o Estado de hoje faz as vezes da Igreja de ontem”) (*A Origem da Conciliação*, cit. p. 442). A Igreja regulava a forma em que deveria ser tentada a conciliação, atribuindo essa tentativa aos chefes religiosos (bispos, sacerdotes, etc.). Com o desenvolvimento do processo civil secular, o dever de conciliar as partes foi regulado pelo Estado e a atribuição foi conferida aos juízes. Dentro dessa linha de raciocínio, a participação de leigos na condução do processo conciliatório poderia ser associada a uma maior participação popular.

⁴²⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, cit. p. 100.

⁴²⁵ Dentro da linha defendida, porém, é importante ressaltar que o uso da mesma técnica, quando feita pelo conciliador leigo ou pelo juiz conciliador, pode gerar efeitos diversos.

formados em busca de tempo de exercício de atividade jurídica para fins de concurso público. Embora se reconheçam empenho e dedicação por muitos dos conciliadores, é notório que não há uma profissionalização da atividade. Depois de terminada a graduação ou preenchido o tempo necessário, poucos continuam a desempenhar a atividade.⁴²⁶

Essa transitoriedade prejudica o desempenho em conciliações que envolvem uma legislação complexa como a previdenciária e que, assim, exigem um conhecimento mínimo do direito aplicável.⁴²⁷

Diante desse contexto, frequentemente o conciliador leigo não possui o conhecimento jurídico necessário para o tratamento do conflito que lhe é apresentado. Em determinados momentos, pode precisar prestar informações jurídicas que desconhece. Em outras ocasiões, a redação do termo pode trazer problemas que ele não consegue resolver sem auxílio de alguém com maior conhecimento técnico.

5.2.3. Juiz da causa *versus* juiz conciliador

Defende-se, assim, que cabe ao juiz estar presente ou, ao menos, à disposição dos conciliadores em local próximo e de fácil acesso, sendo tal posicionamento decorrente da própria instrumentalidade metodológica. De fato, se as respostas do direito processual devem ser adequadas à realidade social em que inserido, não se pode ignorar o contexto existente em determinado tempo e espaço. Assim, seja porque a percepção da autoridade do juiz pode contribuir para mitigar o desequilíbrio de poder mediante uma maior aproximação do indivíduo, seja porque podem existir questões ou decisões que competem ao juiz, sua presença é de suma relevância.

Seria possível argumentar que a supervisão e o auxílio aos conciliadores em questões técnicas poderiam ser atribuídos a um servidor público devidamente qualificado. No entanto, continuarão existindo decisões que somente poderão ser tomadas pelo juiz. Além disso, a maior delegação de assuntos atinentes à conciliação a servidores e não a magistrados pode, na realidade, estar ocultando a indevida associação da conciliação com

⁴²⁶ Nesse sentido, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari indica que, na maioria dos tribunais, o trabalho dos conciliadores é voluntário, o que compromete o bom funcionamento do sistema proposto pela Resolução nº 125/2010. Para a autora, a remuneração é necessária para garantir a qualidade e a continuidade do serviço prestado, dando inclusive motivação para que os terceiros facilitadores busquem aprimorar seus conhecimentos (Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Mediação no Judiciário: Teoria na Prática e Prática na Teoria*. São Paulo, Primavera Editorial, 2011, p. 316).

⁴²⁷ Por isso foi destacada a necessidade de conhecimentos jurídicos mínimos de direito previdenciário ao se tratar da preparação prévia do conciliador no Capítulo 4, item 4.1.1, *supra*.

uma justiça de segunda classe, destinada a casos pouco significativos (*garbage cases*) e que não justificariam a participação do juiz.⁴²⁸

Dentro de uma linha teórica que insere a conciliação dentro do conceito expandido de jurisdição, não se admite que um mecanismo seja considerado superior a outro. Cada mecanismo é mais ou menos adequado à determinada situação, estando todos sob o amplo conceito de jurisdição. Se assim é, o juiz que concilia estaria igualmente prestando jurisdição, não realizando uma atividade menor ou menos qualificada. O que importa é verificar se o conflito é adequado à conciliação. Sendo adequado, cabe ao juiz empenhar-se no uso do mecanismo consensual com objetivo de obter uma solução qualitativamente melhor.

O que se percebe, na realidade, é que muitas vezes a discussão é deslocada. Ao se defender a presença do juiz, o que se reputa importante é a presença do juiz conciliador, ou seja, aquele que é responsável por delinear o procedimento conciliatório, supervisionar os servidores e conciliadores, participar ou estar à disposição durante as sessões de conciliação, entre outros. Esse juiz deve ser adequadamente capacitado em meios consensuais e saber valer-se adequadamente das técnicas de conciliação, estando consciente de que sua autoridade formal pode ser útil, desde que bem empregada. Tais funções não se confundem com as do juiz que irá julgar a causa e, por isso, inclusive, a insistência no uso do termo *juiz conciliador* para diferenciá-lo.

Ada Pellegrini Grinover⁴²⁹ critica a atribuição de conciliador ao próprio juiz da causa, dada a dificuldade de separar o papel mais ativo na convicção das partes de um pré-

⁴²⁸ O Manual de Mediação Judicial, em uma abordagem que se diz explicitamente econômica, reforça a existência de uma hierarquização entre os meios consensuais e os adjudicatórios ao tratar do tema nos seguintes termos: “Ainda no que tange ao juiz, vale indicar que muitas vezes o magistrado, após participar de treinamento e capacitação em técnicas autocompositivas, busca desenvolver mediações na sua atividade cotidiana. Nesse contexto, alguns autores sustentam que o magistrado pode mediar desde que não venha julgar a disputa mediada – sob pena de se violar o princípio do devido processo legal. De fato, a questão se resolve por uma abordagem econômica e não jurídica. Pela teoria das vantagens comparativas (ou relativas) desenvolvida pelo economista inglês David Ricardo, devem-se dedicar recursos cujos custos comparativos forem menores, para, dessa forma, otimizar-se os resultados. Então, se em uma determinada organização alguma atividade (*e.g.* julgamento ou instrução processual) somente puder ser desenvolvida por determinada classe de operadores (*e.g.* magistrados) enquanto outra atividade (*e.g.* mediação ou conciliação) puder ser desenvolvida por diversas classes de operadores (*e.g.* servidores ou voluntários), a alocação de operadores deve respeitar as atribuições que proporcionem maior eficiência ao sistema. Dessa forma, se no Brasil já existe déficit de magistrados, a alocação desse recurso humano que detém a exclusividade na atividade heterocompositiva pública na autocomposição somente se justifica se a condução de uma mediação por um magistrado estiver sendo realizada por um magistrado que se encontrar em fase de formação ou seleção” (AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*, cit. p. 96-97).

⁴²⁹ Nas palavras da autora: “Critica-se, ainda, a atribuição da função de conciliador ao próprio juiz da causa, em razão da dificuldade de desvincular o papel mais ativo do juiz, na obra da convicção das partes, de um verdadeiro pré-julgamento. Mesmo assim, deve-se reconhecer que o êxito da tentativa de conciliação depende em grande parte da habilidade pessoal do juiz, de seu poder de persuasão e da forma como a conduz,

julgamento. A autora afirma, porém, que seria preferível que a conciliação processual fosse realizada por órgãos extrajudiciais ou, “ao menos, por juízes diversos dos que vão julgar a causa, a fim de resguardar-se em profundidade a neutralidade do juiz e para evitar pressões indevidas por quem poderia estar, de qualquer modo, antecipando o seu convencimento”.⁴³⁰

No mesmo sentido, a pesquisa apresentada por Wayne D. Brazil⁴³¹ destaca algumas generalizações que, embora demandem explicação, podem ser aqui associadas ao receio de prejulgamento da causa. Uma delas é a de que, caso seja dada a opção, a maioria iria preferir que o juiz que se envolve nas discussões sobre o acordo não fosse responsável pelo julgamento do caso. A intensidade dessa preferência tenderia a crescer na medida em que o papel do juiz fosse mais ativo. Além disso, os advogados entrevistados tenderiam a considerar apropriadas formas mais ativas de envolvimento do juiz no processo conciliatório se o juiz que participar da conciliação não for aquele que presidirá o julgamento. No mais, tais advogados salientaram que se sentiriam mais confortáveis para discutir o caso em uma mesa de conciliação com um juiz que não fosse presidir o julgamento.

Entende-se, então, que o problema não está no fato de o juiz tentar ou não a conciliação, mas sim julgar o mesmo caso em que participou de uma tentativa frustrada de conciliação.⁴³² Isso porque, se o mesmo juiz que tenta a conciliação é o que julga o caso, é provável que exista uma tendência das partes a aceitarem o acordo não por entenderem ser esta a melhor solução, mas porque acreditam que o resultado seja o mesmo após o

devendo evitar pressões descabidas sem deixar de empenhar-se a fundo no convencimento das partes. Por isso alguns juízes conseguem elevado número de acordos, enquanto outros são menos felizes em suas tentativas” (Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei n.7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 150).

⁴³⁰ Ibid., p. 151.

⁴³¹ What Lawyers Want From Judges..., cit. p. 19.

⁴³² Reconhece-se a posição de Roque Komatsu, que salienta que “a intervenção diretiva do juiz se impõe, por tratar-se a conciliação de ato processual, cabendo a ele dirigi-la, como o faria em reação a qualquer outro ato, de consonância com o art. 125 do Código de Processo”. No entanto, mesmo esse autor não deixa de observar a dificuldade da tarefa em se atuar ao mesmo tempo como conciliador e juiz da causa: “Costuma-se dizer que o juiz da causa pode influir no ânimo dos litigantes, de maneira a levá-los a uma composição injusta e até de transparecer um prejulgamento. A delicadeza da missão e da tarefa do juiz, justamente, repousam em não emitir conceitos que prejudiquem o litígio. A função do juiz deve caracterizar-se pela imparcialidade, buscando uma composição justa da lide. Não deve conciliar as partes de qualquer forma, tendo em vista apenas evitar a demanda ou a prolação da sentença e por outro lado, não deve fazer-se de simples expectador. O esforço deve ser canalizado para uma conciliação justa ou equitativa, de modo a aliviar as partes dos ônus da demanda e dos eventuais sacrifícios de seus direitos” (*Tentativa de Conciliação no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978, p. 107).

julgamento ou que podem gerar ressentimentos do juiz.⁴³³ Quando não for possível separar as funções de conciliador e julgador, é preferível que não haja a participação do juiz na conciliação.⁴³⁴

Em contrapartida, a participação de juiz exclusivamente como conciliador não deve ser afastada *a priori*, podendo sua presença ser uma estratégia útil em casos de notório desequilíbrio de poder. O que é necessário é que haja a devida capacitação, de modo que o juiz conciliador esteja consciente de sua autoridade formal e da percepção das partes em relação ao seu poder. Assim, ao fornecer uma informação, é importante que saiba tomar ainda mais cautelas e considere que as partes podem recebê-la como julgamento. Em outros termos, o juiz que participa ativamente da audiência de conciliação deve estar ciente de que sua autoridade tanto pode servir como instrumento de pressão para que o acordo seja aceito pelo indivíduo sem questionamentos, como também para evitar que acordos injustos sejam firmados acriticamente.⁴³⁵

5.3. Após a sessão de conciliação: a homologação dos acordos e a avaliação do desenho procedimental

Depois da sessão, cabe ao juiz avaliar o desenho procedimental utilizado e, sobretudo, homologar o acordo acaso existente. A homologação, em particular, merece mais atenção, por representar ato decisório que não prescinde de cognição judicial.

⁴³³ É idêntica a impressão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como se observa do seguinte trecho: “Em particular, é comum dar ao juiz ou o poder de sugerir um acordo, ou permitir-lhe remeter o caso a outro juiz ou funcionário. Embora pesquisa empírica detalhada seja necessária para definir esse ponto, parece que o melhor método é o adotado pelo sistema muito eficiente que opera em Nova Iorque (174), onde o juiz que julga o caso não é o mesmo que tentou conciliá-lo (175). Isso evita que se obtenha a aquiescência das partes apenas porque elas acreditam que o resultado será o mesmo depois do julgamento, ou ainda porque elas temem incorrer no ressentimento do juiz” (*Acesso à Justiça*, cit. p. 85-86).

⁴³⁴ Isso pode ocorrer devido a fatores que não dependem do juiz, sendo decorrente da própria distribuição de recursos e da organização judiciária, como no caso da lotação de apenas um magistrado em determinada Comarca ou Subseção.

⁴³⁵ A participação do juiz como conciliador traz uma série de outros questionamentos que, todavia, não serão discutidos no espaço deste trabalho. Ao tratar do tema da participação dos juízes, Marc Galanter traz, dentre outras, as seguintes indagações: que diferença isso traz? Os acordos feitos por juízes são diferentes dos feitos por advogados? Eles possuem maior influência nos comportamentos subjacentes? Como essa participação afeta o modo como o juiz age em outros cenários? (The emergence of the judge as a mediator in civil cases. *Judicature*. Volume 69, n. 5, fev./mar. 1986, p.262).

5.3.1. Homologação de acordos

Na atividade de homologação de acordos, o juiz exerce controle sobre os termos do acordo realizado.⁴³⁶ Como lembra Juliana Demarchi,⁴³⁷ o juiz não pode proferir sentença adjudicatória que extrapole o âmbito do processo (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973, que equivalem aos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil de 2015), mas pode homologar acordo que verse sobre questões que não constem do processo (art. 475-N, III, do CPC/73, correspondente ao art. 515, §2º, do CPC/15). Essa atividade, porém, não é discricionária, havendo limites para a cognição judicial. Na tentativa de delinear tais limites no caso de acordos firmados em conciliações de conflitos previdenciários, são apresentados os posicionamentos de alguns autores, passando-se, em seguida, à tese defendida no presente trabalho.

5.3.1.1. Alguns posicionamentos

Roque Komatsu,⁴³⁸ fazendo referência à Athos Gusmão Carneiro, sustenta que o magistrado pode (e deve) recusar a homologar o acordo que: a) conduza à infração de ordem pública; b) que seja condicionado e, assim, traga o germe de novas lides; c) que seja ilícito.

Já Petronio Calmon⁴³⁹ defende que, na homologação, ainda que o juiz não aprecie criativamente o mérito da causa, deve cotejar o acordo com o ordenamento vigente, recusando-se homologá-lo quando claramente ofender a legislação ou seguramente não promover a pacificação almejada. Segundo Calmon, não se trata de atividade meramente cartorária. Desse modo, para Calmon,⁴⁴⁰ o “juiz verificará se as partes atuaram com liberdade e soberania em relação à sua própria vontade (para evitar os vícios comuns a qualquer ato jurídico) bem como se o resultado do acordo não é evidentemente ofensivo ao sistema legal e social vigentes”.

⁴³⁶ Outra hipótese de controle judicial, que, todavia, não é desenvolvida neste trabalho por ser excepcional, é a possibilidade de rescisão do acordo homologado via rescisória, nos termos do artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil.

⁴³⁷ Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62.

⁴³⁸ *Tentativa de Conciliação no Processo Civil*, cit. p. 131.

⁴³⁹ *Fundamentos da mediação e da conciliação*, cit. p. 139-140.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 139-140.

Tendo em vista o âmbito da Justiça do Trabalho, Adriana Goulart Sena⁴⁴¹ afirma que o juiz deve evitar homologar o acordo que:

- 1) infrinja as normas de proteção e prejudique notadamente o empregado;
- 2) imponha ônus excessivo ao empregador, resultando em graves dificuldades para o seu cumprimento;
- 3) contenha prestações sucessivas de alongada extensão e/ou de difícil acompanhamento e que traga em si o germe de outras disputas;
- 4) valha para as partes alcançar fim defeso em lei (arts. 125, III, e 129 do CPC).

Tratando do Termo de Ajustamento de Conduta, Geisa de Assis Rodrigues⁴⁴² sustenta que, existindo proposta de acordo, cabe ao juiz avaliar sua adequação, agindo assim como um “guardião do direito transindividual”. Dentre os vários fatores que entende que o magistrado deve levar em conta na apreciação do acordo, cita os seguintes:⁴⁴³

- a) a possibilidade de reparação integral do direito transindividual violado;
- b) não sendo possível a reparação integral a adequação das medidas compensatórias, ou de ressarcimento, podendo, até se valer, para tanto, de perito judicial;
- c) a eventual existência de oposição aos termos do acordo por parte de outro legitimado, ou pela sociedade em geral, e o Ministério Público deve ser necessariamente ouvido sobre a proposta de ajuste;
- d) as probabilidades de sucesso do processo judicial;
- e) a complexidade das questões de fato e de direito do caso;
- f) a economia de custos processuais se o litígio for abreviado;
- g) a viabilidade do acordo, para que não haja pendenga futura sobre a possibilidade de seu cumprimento;
- h) a adoção de procedimentos que garantam a publicidade do ajuste, em especial quando a questão em juízo tiver grande repercussão social.

Por último, interessa citar um caso *SEC v. Citigroup* recentemente ocorrido nos Estados Unidos e que, a despeito das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos, permite trazer subsídios para o tema do controle judicial dos acordos.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ SENA, Adriana Goulart de. A Conciliação Judicial Trabalhista em uma Política Pública de Tratamento Adequado e Efetivo de Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, p. 132.

⁴⁴² Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, cit. p. 218.

⁴⁴³ Ibid., p. 218-219.

⁴⁴⁴ O relato e os comentários do caso são baseados na leitura direta das três manifestações judiciais fundamentais para a compreensão do que se discutiu acerca dos limites do controle judicial do acordo apresentado pelas partes: a decisão do juiz Jed Rakoff rejeitando a homologação do acordo (disponível em:

Em outubro de 2011, a *U. S. Securities and Exchange Commissions (SEC)*, agência federal norte-americana responsável pela regulação dos valores mobiliários, ajuizou uma ação em face do *Citigroup Global Market Inc.*, alegando que o réu teria criado um fundo fraudulento de títulos hipotecários em prejuízo dos investidores.

No curso da demanda, as partes apresentaram um acordo no qual o *Citigroup* pagaria US\$ 285 milhões, sem que isso representasse admissão ou negação de culpa.⁴⁴⁵ No entanto, em decisão de 28 de novembro de 2011, o juiz federal Jed Rakoff rejeitou a homologação, sustentando que não lhe foram trazidos ou admitidos quaisquer fatos sobre os quais pudesse exercer nem mesmo um modesto grau de julgamento independente.

Segundo Rakoff, para que haja a homologação judicial de um acordo, este deve ser justo, adequado, razoável e de acordo com o interesse público. O juiz ressaltou que não caberia à própria *SEC* definir o que seria o interesse público. Isso porque, apesar de respeitar uma agência administrativa com autoridade sobre determinada área, na medida em que o acordo seria revestido do poder de uma decisão judicial, seria necessário que houvesse a possibilidade de um julgamento independente acerca do respeito ou não do interesse público.

Em sua decisão, Rakoff destacou ainda que os requisitos informam uns aos outros: para que um acordo seja adequado, é necessário que proteja o interesse público; para que seja justo, impõe-se que seja justo para as partes e para o público.

De acordo com o juiz, entes puramente privados poderiam entabular um acordo sem sequer concordar com os fatos, pois a única exigência é que deixe de entrar em juízo. No entanto, quando uma agência pública requer que o Judiciário transforme-se em seu parceiro na aplicação de medidas para garantir o cumprimento do acordo, o juiz e o público precisariam ter algum conhecimento de quais são os fatos subjacentes. Em caso

<http://migre.me/kX4dm>; acesso em: 10 ago. 2014); a decisão de segunda instância da *Court of Appeals for the Second Circuit* (disponível em: <http://migre.me/kX4iO>; acesso em: 10 ago. 2014); e a manifestação do juiz Rakoff após o retorno dos autos à sua jurisdição (disponível em: <http://migre.me/kX4rr>; acesso em: 10 ago. 2014). Quando pertinente, o trecho original é trazido com a indicação simples do número da página da respectiva decisão. O caso é resumido de maneira a destacar os aspectos pertinentes ao presente trabalho, sem que isso signifique ignorar a importância do precedente para discussões de outra ordem, como, por exemplo, os limites do poder das agências norte-americanas.

⁴⁴⁵ Além desses, o juiz Rakoff destacou os seguintes aspectos do acordo em sua decisão: “Citigroup consented to the entry of the Consent Judgment ‘[w]ithout admitting or denying the allegations of the complaint’ Consent ¶ 2. The Consent Judgment (I) ‘permanently restrained and enjoined’ Citigroup and its agents, employees, etc., from future violations of Sections 17(a) (2) and (3) of the Securities Act, (II) required Citigroup to disgorge to the S.E.C. Citigroup’s \$160 million in profits, plus \$30 million in interest thereon, and to pay to the S.E.C. a civil penalty in the amount of \$95 million, and (III) required Citigroup to undertake for a period of three years, subject to enforcement by the Court, certain internal measures designed to prevent recurrences of the securities fraud here perpetrated” (p. 3).

contrário, o juízo se transformaria em um simples servo de um acordo negociado com base em fatos desconhecidos, ao passo que o público seria privado de conhecer, em qualquer momento, a verdade em uma questão de óbvia importância social.⁴⁴⁶

Consoante a decisão de Rakoff, na falta de uma base factual, o acordo não poderia ser aceito por não ser razoável, justo, adequado ou conforme o interesse público. Não seria razoável, uma vez que estaria impondo medidas substanciais baseando-se em simples alegações. Seria injusto, porque, a despeito do consentimento nominal do *Citigroup*, o potencial de se gerar abusos na aplicação de penalidades, a partir de fatos que não são provados ou conhecidos, seria patente. Não seria adequado, pois, na ausência dos fatos, o juízo não poderia determinar o enquadramento correto. Por fim, não serviria ao interesse público ao requisitar que o Judiciário empregue seu poder e sua autoridade sem conhecer os fatos. Desse modo, percebe-se que o pouco conhecimento dos fatos subjacentes foi um argumento determinante na decisão do juiz de não homologar o acordo.

Tal decisão ensejou recurso da SEC para a *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, que, por sua vez, reverteu a decisão de primeira instância. O recurso foi julgado em 4 de junho de 2014, contando com a participação dos *Circuit Judges* Pooler (relatora), Lohier e Carney. Na análise do caso, os julgadores entenderam que Rakoff teria ido além do padrão de discricionariedade que seria permitido no caso (*abuse of discretion standard*).

Pela leitura da decisão, nota-se que o tribunal confirmou que, na homologação do acordo, o juiz não é um simples carimbador (*rubber stamp*). Embora tenha afastado o requisito adequação, por entender mais próprio para o contexto das *class actions*, manteve a necessidade de que o acordo seja justo, razoável e conforme o interesse público. A diferença residiu na interpretação de como tais condições deveriam ser cumpridas.

Para a corte, na avaliação da justiça e da razoabilidade, deveriam ser considerados: a) se o acordo obedece à legalidade; b) se os termos são claros, incluindo aqueles relativos a medidas garantidoras do cumprimento do avençado (*enforcement mechanism*); c) se o acordo soluciona o conflito objeto da demanda; d) se o consenso foi baseado em colusão ou corrupção de algum tipo.

⁴⁴⁶ No original: “Purely private parties can settle a case without ever agreeing on the facts, for all that is required is that a plaintiff dismiss his complaint. But when a public agency asks a court to become its partner in enforcement by imposing wide-ranging injunctive remedies on a defendant, enforced by the formidable judicial power of contempt, the court, and the public, need some knowledge of what the underlying facts are: for otherwise, the court becomes a mere handmaiden to a settlement privately negotiated on the basis of unknown facts, while the public is deprived of ever knowing the truth in a matter of obvious public importance.” (p. 8-9).

Acompanhando o voto da relatora, Lohier ponderou que se esses quatro fatores estiverem preenchidos, então a considerada modesta multa pecuniária proposta não poderia ser vista como motivo para se rejeitar o acordo.⁴⁴⁷

Dessa forma, o tribunal reconheceu que, ao revisar um acordo, o juiz de primeira instância necessariamente deve considerar que uma base fática existe. Em determinados casos, não admitir e nem negar será suficiente para essa avaliação. Outros casos podem exigir uma maior elucidação dos fatos, como quando há suspeita de uma colusão entre a SEC e a outra parte. Considerando desnecessário delinear os contornos precisos da base fática exigida para obter aprovação de cada acordo que possa ser submetido ao Judiciário, a corte entendeu que, nesse caso, os elementos factuais existentes eram suficientes e que, de todo modo, o juiz poderia requisitar novas informações a SEC ou ao Citigroup para mitigar qualquer suspeita de indevida colusão entre as partes.

Além disso, a corte adotou posicionamento no sentido de que caberia a SEC definir qual o acordo que melhor atende o interesse público por ser a agência responsável por definir a política pública a respeito.

Assim sendo, sem negar a necessidade de o Judiciário avaliar o teor dos acordos submetidos a sua apreciação, o tribunal entendeu que o juiz foi além do que lhe era permitido. Retornando o feito ao primeiro grau, em manifestação de 5 de agosto de 2014, Rakoff não deixou de demonstrar sua preocupação de que os acordos realizados por órgãos regulatórios governamentais e cancelados pelo Judiciário não sejam sujeitos, na prática, a nenhuma fiscalização significativa. Só que entendeu que seria um abandono de sua função caso se furtasse a cumprir a determinação do tribunal, só lhe restando aceitar o acordo.⁴⁴⁸

5.3.1.2. Limites do controle judicial

Desse modo, fica patente que o juiz não é um mero carimbador (como restou expresso na decisão da *United States Court of Appeals for the Second Circuit*) e que a atividade homologatória não é meramente cartorária (para retomar a lição de Petronio Calmon).⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ No original: “If all four factors are satisfied, the perceived modesty of monetary penalties proposed in a consent decree is not a reason to reject the decree” (p. 30).

⁴⁴⁸ Nas palavras de Rakoff: “That Court has now fixed the menu, leaving this Court with nothing but sour grapes” (p. 3).

⁴⁴⁹ *Fundamentos da mediação e da conciliação*, cit. p. 139-140.

Trata-se de ato decisório, consubstanciado em uma sentença judicial (art. 269, III, do CPC/73, equivalente ao art. 487, III, do CPC/15), e que, por isso, exige a necessária cognição. Cabe ao juiz realizar a revisão da atividade do conciliador, de modo a verificar se algum obstáculo que impedisse a legitimidade do acordo não fora superado.⁴⁵⁰

Sem que isso represente a substituição da vontade das partes, defende-se que os limites da cognição judicial, em linhas gerais, podem ser dirigidos a dois aspectos, sendo um mais relacionado ao procedimento de formação do consenso e o outro, ao conteúdo do acordo propriamente dito. Desse modo, em primeiro lugar, cabe ao juiz observar se houve o respeito ao devido processo legal mínimo, permitindo a tomada de uma decisão informada pelas partes. Ultrapassada essa análise, deve indagar se o conteúdo do acordo pode ou não ser homologado, tendo em vista a natureza do conflito envolvido.⁴⁵¹

5.3.1.2.1. Respeito ao devido processo legal mínimo

De início, cabe ao juiz verificar se foram respeitadas as condições necessárias para que o acordo possa ser tido como decorrente de uma decisão informada das partes, ou seja, que o devido processo legal mínimo foi respeitado.⁴⁵²

Em linhas gerais, isso envolve confirmar se a análise feita pelo conciliador foi adequada, notando-se, por exemplo, se o indivíduo estava devidamente representado, se a participação do Ministério Público era obrigatória, se não havia qualquer nulidade procedimental que impedisse o acordo, entre outros fatores.

Maiores dificuldades podem existir na verificação de aspectos que não foram documentados nos autos, como, por exemplo, a existência de eventual imposição do acordo pelo representante do INSS quando da audiência e que, assim, excluiria a decisão informada do segurado. No entanto, uma vez que o acordo foi aceito pelo conciliador e inexistindo qualquer observação no termo em sentido contrário, é de se presumir que a decisão foi livremente tomada. É certo que isso pressupõe uma atuação adequada do conciliador que participou diretamente da audiência, o que exige adequada capacitação,

⁴⁵⁰ Érica Barbosa e Silva refere-se a dois filtros para impedir a utilização da conciliação como forma de consolidar injustiças entre partes desiguais. O primeiro é realizado pelo conciliador durante sua atuação. O segundo é realizado pelo juiz que, ao analisar o caso concreto, pode negar a homologação do acordo (*Conciliação Judicial*, cit. p. 228 e p. 333-334).

⁴⁵¹ Em certo aspecto, a posição defendida é próxima a de Petronio Calmon citada no item 5.3.1.1, *supra*, ou seja, cabe ao juiz, de um lado, verificar se a vontade das partes foi livre e soberana e, de outro, se o resultado não é evidentemente ofensivo ao sistema legal e social vigente.

⁴⁵² Sobre a relação entre base adequada de poder, devido processo legal mínimo e decisão informada, vide Capítulo 3, especialmente itens 3.3 e 3.5, *supra*.

treinamento, supervisão e avaliação. Dessa forma, nota-se que a atividade do juiz que homologa o acordo deve ser coordenada com a da pessoa que conduz a audiência de conciliação, seja ou não juiz.⁴⁵³

5.3.1.2.2. Inexistência de ofensa ao dever de autotutela ou à ordem pública

Em um segundo momento, deve-se indagar: ainda que o consenso tenha sido livre e baseado na vontade das partes, até que ponto o juiz pode recusar-se a homologar um acordo em matéria previdenciária por causa de seu conteúdo? Afirmar que não se deve homologar um acordo injusto é inconsistente com a ideia de que, na conciliação, justo é aquilo que as partes consideram como tal. Descabe, assim, uma solução simplista.

Preliminarmente, observa-se que a extensão dos limites da cognição judicial é delimitada pelo tipo de conflito existente. Por isso, diante da proteção ao trabalhador conferida pela legislação trabalhista, é defensável que se recuse a homologação do acordo quando se infringem normas de proteção e prejudiquem notadamente o empregado, conforme se nota na posição citada de Adriana Goulart Sena. No que se refere ao conflito previdenciário, assim, deve-se considerar tanto o presumido desequilíbrio de poder entre o indivíduo e o INSS, como a natureza da prestação previdenciária, caracterizada por um direito social fundamental relacionado a sujeito determinado e dotada de uma *disponibilidade condicionada*.⁴⁵⁴

Como salientado anteriormente,⁴⁵⁵ as características da prestação previdenciária fazem com que o INSS tenha, em decorrência da autotutela administrativa, o dever de corrigir ilegalidades, sendo admissível o desconto de valores a serem pagos apenas em situações de incerteza quanto ao direito aplicável. Por sua vez, sob a ótica do indivíduo, não é possível dispor do benefício caso haja ofensa aos interesses gerais identificados com a ordem pública.

Dessa forma, ao homologar um acordo em que há descontos de valores em atraso, o juiz deve perquirir se não se está diante de um caso de manifesta ilegalidade e não apenas de incerteza. Em relação a este aspecto, porém, é importante considerar que a decisão final quanto à existência da certeza a ensejar o reconhecimento do pedido compete ao

⁴⁵³ Nesse aspecto, nota-se que, se o próprio juiz conduziu a tentativa de conciliação, é provável que consiga decidir a homologação do acordo mais facilmente, uma vez que ciente do ocorrido durante a audiência. Essa pode ser tida como mais uma vantagem da participação do juiz na tentativa de conciliação.

⁴⁵⁴ Sobre essas características do conflito previdenciário, vide especialmente Capítulo 1, item 1.3, e Capítulo 2, item 2.2, *supra*.

⁴⁵⁵ Vide especialmente Capítulo 2, item 2.2, *supra*.

representante do INSS, somente cabendo a não homologação quando houver instrumento normativo expresso em sentido contrário como, por exemplo, uma norma administrativa, uma Súmula da AGU ou uma Súmula Vinculante do STF. De todo modo, mostra-se útil que o juiz refaça o raciocínio do procurador federal ao optar pelo reconhecimento do direito ou pela transação.⁴⁵⁶

Além disso, antes da homologação, o juiz deve verificar se o conteúdo do acordo não representa uma ofensa à ordem pública, ou seja, se inexiste afronta a interesses gerais que transcendam o indivíduo.⁴⁵⁷

Reitera-se que há dificuldade na definição de *ordem pública*. De fato, conforme Humberto Theodoro Júnior,⁴⁵⁸ *ordem pública* “não é um conceito preciso, mas indeterminado ou aberto, que cumpre ao aplicador da norma completar mediante o cotejo do caso concreto com os grandes princípios e os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico nacional”.

Isso não impede, porém, que se estabeleçam alguns parâmetros, já tendo se referido não ser possível alterar as características ínsitas ao próprio benefício previsto em normas constitucionais ou legais, ou cometer um ato de disposição manifestamente ilícito ou inconstitucional.

Acrescente-se que, na apreciação da legalidade, é importante que o magistrado se lembre do paradigma da Administração Consensual, a implicar que, desde que respeitados os limites para interpretação da matéria de fato e de direito, deve prevalecer a interpretação das normas realizada em conjunto pelas partes.⁴⁵⁹ A ilegalidade que impede a homologação, então, deve ser reservada para casos que se baseiem em interpretação totalmente descabida de texto normativo e que, por isso, acabem por ferir o mencionado interesse geral.

A análise do acordo pelo juiz, assim, deve limitar-se à infração da ordem pública, aqui relacionada com aspectos que transcendem o indivíduo. Por conta dessa maior transcendência, inclusive, concorda-se que a análise do juiz é mais ampla em se tratando de demandas coletivas, como se nota do posicionamento acima referido de Geisa de Assis Rodrigues ao tratar do papel do juiz como “guardião do direito transindividual”, quando da

⁴⁵⁶ Carla Cristina Guimarães Trovão Silva, Mariana Moreira e Silva e Vitor Pierantoni Campos também defendem que cabe ao Poder Judiciário realizar o controle da opção feita pelo representante do ente público, valendo-se dos mesmos critérios que este adotou (Transação: Matéria de Fato e Matéria de Direito..., cit. p. 75).

⁴⁵⁷ Vide capítulo 2, especialmente item 2.2.1, *supra*.

⁴⁵⁸ Homologação de sentença estrangeira..., cit. p. 76.

⁴⁵⁹ Sobre o tema, vide Capítulo 2, especialmente item 2.5, *supra*.

verificação do Termo de Ajustamento de Conduta. Pode-se ainda entender que essa transcendência justifica a não homologação pelo juiz Rakoff no caso *SEC v. Citigroup*.

O juiz deve zelar ainda para que o acordo seja efetivo, no sentido de ser potencialmente apto para solucionar o conflito, pois cancelar acordos sem o mínimo de operacionalidade seria contrário ao interesse geral. Assim, concorda-se nesse aspecto com as posições acima citadas de Roque Komatsu (para quem o magistrado deve recusar a homologação de acordo “que seja condicionado e, assim, traga o germe de novas lides”), Petronio Calmon (para quem não se deve homologar acordos que “seguramente não promoverão a pacificação almejada”), Adriana Goulart Sena (para quem o juiz deve negar a homologação de acordo que “contenha prestações sucessivas de alongada extensão e/ou de difícil acompanhamento e que traga em si o germe de outras disputas”) e Geisa de Assis Rodrigues (para quem compete ao juiz verificar “a viabilidade do acordo, para que não haja pendenga futura sobre a possibilidade de seu cumprimento”). Desse modo, rejeita-se a homologação de acordos irrealizáveis.

Um exemplo no âmbito previdenciário seria a de um acordo que condicionasse a manutenção dos pagamentos à regularização do cadastro pessoalmente em agência muito distante do local de residência do segurado que se encontra gravemente enfermo. Ainda que a atualização do cadastro poderia ser admissível em situações normais, no caso específico inviabilizaria a própria efetivação do acordo.

Do mesmo modo, em certas situações, a apresentação de valores ilíquidos dificulta a efetivação do acordo. Por isso, ainda que não obrigatório, reputa-se mais efetivo que os acordos, mesmo que baseados em percentuais, sejam apresentados de maneira líquida. Assim, se o procurador federal entender que o percentual de 80% é o adequado, pode realizar o cálculo e apresentar um valor líquido (por exemplo, de R\$ 10.000,00). Isso evita questionamentos acerca de quais parcelas estariam englobadas no valor dos atrasados, como, entre outros, os juros moratórios, a parcela do décimo terceiro e a correção monetária.

Portanto, de modo a equilibrar a autonomia das partes com o necessário controle judicial, adota-se uma estratégia minimalista que apenas nega a homologação de acordos que visivelmente não tenham sido baseados em uma decisão informada dos envolvidos ou

que sejam claramente contrários ao dever de autotutela administrativa ou à ordem pública.⁴⁶⁰

Por isso, ainda que o interesse público pudesse justificar interpretação diversa no caso *SEC v. Citigroup*, concorda-se com o trecho da decisão do tribunal que salientou que, embora se deva considerar que uma base fática existe, o grau de elucidação dos fatos exigido para a homologação do acordo varia conforme o caso. No caso de conflitos previdenciários, entende-se possível afirmar que essa maior elucidação dos fatos ou, em sentido mais amplo, das provas existentes, limita-se à confirmação de que a decisão baseou-se na autonomia de vontade das partes, bem como de que foram respeitados o dever de autotutela do INSS e o interesse geral.

Concorda-se com o tribunal ainda no sentido de que, em caso de dúvida, o juiz pode requisitar novas informações das partes. É por isso que se defende a necessária proximidade física e temporal do juiz em relação ao momento da conciliação. Defende-se que a homologação, idealmente, deve ser feita ainda na presença das partes, pois, dessa forma, o juiz já pode sanar eventuais vícios e as partes podem ser intimadas da sentença de imediato, renunciando a prazos recursais e, assim, permitindo que o pagamento seja realizado da forma mais rápida possível. Além disso, em caso de necessidade, os esclarecimentos para que o acordo seja homologado podem ser prestados desde logo.

5.3.2 Avaliação do desenho procedimental

Após as conciliações, é importante que o juiz conciliador realize alguma forma de avaliação do desenho procedimental adotado. É relevante que mantenha um controle qualitativo e quantitativo dos resultados, para verificar se estão ou não sendo atingidos os objetivos esperados. Para tanto, poderiam ser realizadas pesquisas de satisfação entre os usuários ou coletadas estatísticas acerca do percentual dos acordos descumpridos.

⁴⁶⁰ Em artigo escrito em coautoria, este autor já defendera que o juiz deveria zelar para que “a transação não seja injusta ao ponto de se traduzir em uma renúncia desproporcional de direitos por uma das partes”, bem como para que “acordo seja legítimo, pautado nos parâmetros legais e adequado ao caso concreto” (TAKAHASHI, Bruno; VAZ, Paulo Afonso Brum. Barreiras da Conciliação na Seguridade Social e a Política de Tratamento dos Conflitos. *Revista CEJ*, v. 55. Brasília: CEJ, 2011, p. 53). Em outros trabalhos, defendeu-se a não homologação de acordos injustos, ilíquidos e irrealizáveis (SPALDING, Mauro; TAKAHASHI, Bruno. *Técnica de aceleração e efetividade de processos de benefícios por incapacidade administrados pelo INSS: a prática adotada na Vara Federal de Jacarezinho/PR*, cit. p. 16-17; TAKAHASHI, Bruno. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário, cit.). O entendimento ora apresentado toma como base esses trabalhos anteriores, mas se afasta em certa medida para assumir uma postura menos prescritiva e mais minimalista, de modo a abranger de maneira adequada o conflito previdenciário tal como estudado aqui.

De fato, segundo Diego Faleck,⁴⁶¹ em observação sobre as fases do *DSD* que se mostram aplicáveis aqui, “a avaliação contínua do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência, é vital para o cumprimento dos objetivos a que este se propõe”.

Entende-se, porém, que, mais que a avaliação isolada de um desenho procedimental pelo juiz de determinada localidade que o implantou, é importante que se insira a avaliação dentro de uma política institucional do Poder Judiciário de incentivo à conciliação. Nessa maior abrangência, o tema será retomado no capítulo seguinte.⁴⁶²

5.4. Síntese

Nota-se, assim, que o juiz conciliador pode atuar como organizador de um procedimento conciliatório e também participar diretamente da tentativa de conciliação entre o indivíduo e o INSS. A primeira função é mais visível sobretudo na fase anterior à tentativa de conciliação, relacionando-se com o desenho de um procedimento conciliatório dentro de uma perspectiva de gerenciamento de casos. Nessa atividade, importa evitar uma lógica efficientista que dê ênfase excessiva à resolução do maior número de casos em menor tempo. Desse modo, as diversas opções existentes não implicam que o desenho procedimental adotado possa desrespeitar um devido processo legal mínimo que permita a tomada de decisão informada pelas partes. Cabe valorizar formas que permitam o contato direto entre as partes, que prevejam tempo suficiente de reflexão acerca da proposta e que possam permitir um desempenho mais adequado do conciliador.

Por sua vez, durante a tentativa de conciliação, defendeu-se que, além de haver decisões secundárias que são exclusivas do juiz, sua participação efetiva pode ser útil em casos de notório desequilíbrio de poder como os conflitos previdenciários, uma vez que a percepção de seu poder estrutural decorrente da autoridade formal pode contribuir para a formação de uma base adequada de poder. Dessa forma, sua presença não deve ser de antemão excluída, cabendo dar mais importância à distinção entre juiz conciliador e juiz da causa.

Por fim, após as conciliações, compete ao juiz a avaliação do desenho e, em caso de acordo, a decisão sobre a homologação ou não do que foi aventado. Na atividade homologatória, ainda que se valorize a autonomia das partes, o juiz exerce controle sobre o

⁴⁶¹ Um passo adiante para resolver problemas complexos: *Desenho de Sistemas de Disputas*, cit. p. 270-271.

⁴⁶² Vide especialmente item 6.3, *infra*.

acordo firmado, devendo sua cognição ser delineada de acordo com o conflito tratado. Dessa forma, no caso de conflitos previdenciários, nega-se a homologação de acordos que visivelmente não tenham sido baseados em uma decisão informada dos envolvidos ou que sejam claramente contrários ao dever de autotutela administrativa ou à ordem pública.

A despeito da importância do papel do juiz conciliador, percebe-se que a prática isolada pode tornar-se contingencial e pessoalizada, o que não permite nem a mudança de paradigma das conciliações de conflitos previdenciários e nem a superação do modelo dos mutirões ocasionais. Vislumbra-se, assim, a necessidade da inserção da conciliação com o INSS dentro de uma política permanente de tratamento dos conflitos em que o Judiciário possa atuar como conciliador institucional.

CAPÍTULO 6: O JUDICIÁRIO COMO CONCILIADOR INTERINSTITUCIONAL

Em texto publicado em 1999, ou seja, aproximadamente 25 anos após o famoso artigo *Why the 'Haves' Come out Ahead*, Marc Galanter⁴⁶³ afirma que, se tivesse escrito este último no final da década de 90, trataria de ir além da configuração dos litigantes em direção às suas características como atores jurídicos. Isso porque cada vez mais os encontros e as relações seriam estabelecidas com corporações e não com pessoas. Cada vez mais o dia-a-dia estaria sob os auspícios de “pessoas artificiais” e, com elas, haveria uma invasiva legalização da vida. Além disso, o aumento da presença desses atores organizacionais (*organizational players*) – incluindo o governo, as associações e as corporações – representaria maiores ocasiões para dispor das vantagens estruturais discutidas anteriormente.

Tratando da realidade brasileira, Célia Regina Zapparolli e Mônica Coelho Krähenbuhl⁴⁶⁴ afirmam que no país “há uma tendência no uso e tratamento das ADRs, de se pensar e abordar o conflito essencialmente sob o enfoque das relações interpessoais”. Dessa forma, o olhar é restrito às pessoas e não aos sujeitos, que abrangem também as quase pessoas e os grupos sociais, e que possuem subjetividades próprias e distintas das pessoas que os representam e o compõem. Segundo as autoras a presença de tais sujeitos impõe abordagens metodológicas específicas na gestão de conflitos.⁴⁶⁵

Em geral, ao se referir a atores institucionais, costuma-se pensar apenas nas partes. Seria o caso, por exemplo, de duas empresas em desacordo no que se refere à determinada cláusula de um contrato de fornecimento de insumos ou de dois entes estatais que se dizem igualmente competentes para aplicar determinada política pública na área ambiental.

No entanto, entende-se que o próprio terceiro facilitador também pode assumir a condição de um ator organizacional, em que as suas condições pessoais são menos relevantes que as da instituição de que faz parte. Aqui, é a instituição que age, embora representada (ou apresentada) pelos seus órgãos. Cogita-se que é este o papel que o Poder

⁴⁶³ Farther Along. *Law & Society Review*, v. 33, n.4, 1999, p. 1116-1117.

⁴⁶⁴ *Negociação, Mediação, Conciliação...*, cit. p. 26.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 18.

Judiciário vem assumindo no âmbito dos meios consensuais de solução de conflitos, sobretudo após o surgimento da Resolução nº 125/10, em que fica patente o seu papel de *conciliador interinstitucional*.

Segundo Maria Isabel Cueva Moraes,⁴⁶⁶ com a Resolução nº 125/10 o Conselho Nacional de Justiça propôs-se a realizar, paralelamente às resoluções para controle administrativo e financeiro dos tribunais nos serviços prestados nos processos judiciais por meio da atividade jurisdicional, “também o controle correspondente aos serviços do Poder Judiciário na condução de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os denominados *consensuais*, especificamente a mediação e conciliação”. Passa a haver assim uma iniciativa de organização e uniformização com o intuito de evitar disparidades de orientação e prática na administração dos meios não adversarias, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça. Trata-se, segundo Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira,⁴⁶⁷ de desenvolver uma política pública nacional que assegure sua implantação em caráter profissional e perene no âmbito do Poder Judiciário, prestigiando a qualidade dos serviços.

Realmente, o objetivo declarado em um dos considerandos da Resolução nº 125/10 é a de suprir “*a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos meios consensuais de solução de litígios*”.⁴⁶⁸ Dessa forma, o Poder Judiciário reforça seu papel institucional, indo além das práticas dispersas de juízes e superando a instabilidade da troca de magistrados ou de gestões nos tribunais. A valorização dos meios consensuais deixa de ser pessoalizada neste ou naquele juiz ou nesta ou naquela gestão. O Judiciário assume o dever de instituir, implementar e avaliar uma política pública de tratamento adequados dos conflitos, com destaque da mediação e da conciliação.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ *Políticas Públicas e Meios Não Adversariais de Resolução de Conflitos: Política Judiciária Nacional da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e a Justiça do Trabalho*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 125.

⁴⁶⁷ Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cit. p. 251-252.

⁴⁶⁸ Mesmo que possa ser questionado até que ponto o CNJ pode definir uma política pública no âmbito de conflitos ainda não judicializados (considerados pela resolução como *pré-processual*), é incontestável sua atribuição no que se refere aos conflitos judicializados, que são o objeto deste trabalho.

⁴⁶⁹ Nesse contexto, é interessante observar que, dentre os desafios atuais do Poder Judiciário, Celso Fernandes Campilongo inclui os de: impor o direito aos setores imunes à força da lei, submetendo a todos, inclusive aqueles supostamente impermeáveis; perceber que, por conta de desequilíbrios históricos e sociais, a sua função é menos de “estabilização da ordem e mais de desestabilização da desordem”, sendo menos de garantia de direitos e mais de afirmação de direitos nunca antes garantidos, menos de inclusão e mais de eliminação dos privilégios dos excessivamente incluídos; e o de administrar uma “democracia contenciosa”, funcionando como interlocutor da sociedade civil e regulador de conflitos abandonados pelo legislador e pela administração e, assim, assumindo a feição de gestor dos interesses difusos e coletivos, expandindo o espaço

Dentro dessa política pública permanente, percebe-se a valorização do diálogo interinstitucional, atuando o Poder Judiciário, também no caso dos conflitos previdenciários, como conciliador interinstitucional antes, durante e após a sessão de conciliação.

6.1. Antes da sessão de conciliação: o diálogo interinstitucional prévio

Como pressuposto para o desenvolvimento da atividade do Judiciário como conciliador interinstitucional, é importante destacar que a conciliação de conflitos previdenciários insere-se em uma política pública de tratamento adequado de conflitos consubstanciada na Resolução nº 125/10. De fato, a própria resolução se refere à área previdenciária ao tratar da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania no artigo 8º. Assim, cabe a mesma observação feita durante o decorrer do trabalho, ou seja, também como instituição que define políticas públicas para a solução adequada dos conflitos, o Poder Judiciário não pode ignorar as particularidades da conciliação com o INSS.

Isso implica uma série de cuidados prévios. Assim, a capacitação dos conciliadores que irão atuar diretamente nas tentativas de conciliação deve considerar as necessidades próprias do conflito, com destaque ao necessário conhecimento, ainda que mínimo, do direito previdenciário.⁴⁷⁰ É importante que se garantam não apenas cursos para formação inicial, mas também para o aperfeiçoamento da atividade, o mesmo valendo para os cursos de formação e de aperfeiçoamento dos juízes.

para manifestação dos interesses contrapostos e realizando a “governança dos litígios” (Os tribunais e o sistema jurídico. In *Direito e Diferenciação Social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80-83). Segundo Campilongo: “Se for verdade que o Judiciário assume, na atualidade, vestes de interlocutor da sociedade civil e regulador de conflitos abandonados pelo legislador e pela administração, ao lado da adjudicação convencional (procedência ou não das ações), os Tribunais, em alguns casos, assumem a feição de gestores de interesses difusos e coletivos em disputa. Uma coisa é decidir um conflito. Outra, diversa, é a ‘governança’ dos litígios. A democracia representativa é ‘governada’ (indireta). A democracia participativa é ‘governante’ (direta). A democracia deliberativa, por seu turno, orienta-se por práxis decisória diversa: é ‘governança’ (cooperativa). Transferidas do plano da teoria da democracia para o plano da teoria da administração da justiça, as ideias de deliberação, cooperação e governança envolvem ampla revisão não só dos limites da função jurisdicional como, também, do papel dos Tribunais para a construção da democracia. A administração da justiça democrática seria, então, administração do ‘governo dos juízes’? ‘Governança’ da democracia delegada aos juízes? Judicialização da cooperação política? Nada disso. A contribuição dos Tribunais brasileiros para a democracia política está em expandir o espaço para manifestação dos interesses contrapostos. Combinar uma administração cooperativa dos conflitos com o caráter contra-majoritário e de proteção dos direitos das minorias é o que se exige de ‘governança’ judicial da democracia” (ibid., p. 82).

⁴⁷⁰ A propósito, vide Capítulo 4, item 4.1.1, *supra*.

Além disso, cabe aos gestores dos programas zelarem para que haja condições materiais mínimas de atuação, como local apropriado, mesas e cadeiras confortáveis, computadores e outros equipamentos de informática disponíveis.⁴⁷¹

De fato, mostra-se de suma importância o apoio institucional do tribunal em que a conciliação previdenciária é desenvolvida.⁴⁷² Ainda que se defenda que, a partir da Resolução nº 125/10, valorizar a conciliação deixa de ser opção e passa a ser obrigação de qualquer gestor no âmbito do Poder Judiciário, não se nega que ainda hoje existam discrepâncias na ênfase dada a tal comando. Por exemplo, considerada a importância da presença do juiz no local das tentativas de conciliação em matéria previdenciária,⁴⁷³ há uma correlata importância da autorização por parte do tribunal para que o magistrado esteja presente, se for o caso com dedicação exclusiva.⁴⁷⁴

O apoio institucional pode ser percebido ainda em aspectos mais abrangentes: na valorização funcional dos juízes que se empenham em prol da conciliação;⁴⁷⁵ nas adequadas criação e manutenção de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; no estabelecimento de um serviço apropriado de orientação quanto aos direitos previdenciários por meio do Setor de Cidadania;⁴⁷⁶ entre tantas outras medidas.

Em termos amplos, todos esses aspectos podem ser encarados como a atuação do conciliador interinstitucional sob a faceta de organizador.⁴⁷⁷ No entanto, importa enfatizar o papel desempenhado na interlocução com o grande litigante que é o INSS.

⁴⁷¹ A importância das condições físicas ou ambientais para a atuação do conciliador foi tratada no Capítulo 4, item 4.1.2, *supra*.

⁴⁷² Em sua pesquisa empírica de programas de mediação nos Estados Unidos, Daniela Monteiro Gabbay destaca, dentre os pontos considerados como centrais para o sucesso, o “forte suporte do Judiciário aos programas de solução de conflitos anexos à Corte” (*Mediação & Judiciário...*, cit. p. 153).

⁴⁷³ Sobre o tema, vide Capítulo 5, item 5.2, *supra*.

⁴⁷⁴ Na própria Resolução nº 125/10, no §1º, do artigo 9º, indica-se que: “*Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração*”.

⁴⁷⁵ Nesse aspecto, a Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, já determinava a valorização, para fins de promoção por merecimento, daqueles juízes “*cujo índice de conciliação seja proporcionalmente superior ao índice de sentenças proferidas dentro da mesma média*” (parágrafo único do art.6º), considerando-se para a avaliação do critério da presteza, “*medidas efetivas de incentivo à conciliação em qualquer fase do processo*” (alínea “h” do inc. I do art.7º).

⁴⁷⁶ O Setor de Cidadania é um dos três setores de existência obrigatória nos Centros, conforme artigo 10 da Resolução nº 125/10. O Anexo II, posteriormente revogado pela Emenda nº 01/13, definia como atribuições desse setor o de prestar “*serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e de assistência social, entre outros*”. Ainda que atualmente não haja uma definição dos serviços prestados, é certo que o Setor de Cidadania continua sendo obrigatório, podendo ser um espaço apropriado para melhorar a educação previdenciária da população.

⁴⁷⁷ Sobre o papel do conciliador como organizador, vide Capítulo 3, item 3.1, *supra*.

6.1.1. A atuação do conciliador interinstitucional

A partir da análise da estrutura da Resolução nº 125/10, nota-se o destaque dado à busca da cooperação dos órgãos públicos a partir do Conselho Nacional de Justiça. Ao CNJ compete a organização do programa “*com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios*” (art.4º). Para que haja a efetivação do programa indica-se “*a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras*” (art.5º).

No desenvolvimento dessa rede, percebe-se a construção de um modelo escalonado que parte do CNJ. De fato, cabe ao Conselho o estabelecimento de “*diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais*” (art.6º, I). Deve ainda “*estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios*” (art.6º, VI); “*realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade*” (art.6º, VII); e “*atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição*” (art.6º, VIII).⁴⁷⁸

Por sua vez, os tribunais devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (art.7º, *caput*), que, dentre outras funções, são responsáveis por “*desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução*” (art.7º, I); “*planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas*” (art.7º, II); e “*instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*” (art.7º, IV). Especialmente em relação ao estabelecimento de contatos interinstitucionais, destacam-se as atribuições de “*atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º*” (art. 7º, III) e “*propor ao Tribunal a realização de*

⁴⁷⁸ Interessante observar que a redação do inciso VIII do artigo 6º da Resolução nº 125/10 foi alterada pela Emenda nº 01/13, de modo a retirar a expressão “*conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência*”. Isso é significativo porque, ao que parece, evidencia que a possibilidade de solução por meios consensuais não é restrita a hipóteses em que o INSS sabe de antemão que provavelmente irá perder.

convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução” (art. 7º, VI).

Desse modo, como afirma Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira,⁴⁷⁹ “cabe ao CNJ traçar a política macro, com diretrizes e orientações gerais válidas para todo o território nacional, mas aos Núcleos Permanentes competirá desenvolvê-las regionalmente, no âmbito de sua atuação, adequando-as à sua realidade”.⁴⁸⁰

Ademais, os tribunais também devem instituir Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que concentram a realização das sessões de conciliação e mediação para atender juízos, juizados ou varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis (art. 8º, *caput*). A criação de tais Centros é obrigatória em locais que possuam a partir de 5 unidades jurisdicionais com as competências referidas e facultativa em locais com mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das competências citadas (art. 8º, 2º). Cada Centro deve contar com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto (art. 9º, *caput*).

Por conseguinte, em unidades jurisdicionais isoladas ou em locais com menos de cinco unidades e em que não foi feita a opção de instalar um Centro, compete ao próprio juiz a implementação da política pública pretendida para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Em outros termos, a ausência do Centro não afasta a aplicação da Resolução nº 125/10, mas apenas transfere as responsabilidades de implementação, com as devidas adaptações, ao juiz responsável pela unidade jurisdicional.

Além disso, apesar de a referência à interlocução com órgãos públicos ser expressamente tratada somente em relação ao CNJ e aos Núcleos, entende-se que, diante da rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário (art.5º), também os Centros e os juízes são responsáveis por esse contato interinstitucional.

De acordo com objeto deste estudo, e como já ressaltado em outra oportunidade,⁴⁸¹ defende-se que a interlocução deve ser estabelecida em três níveis:

⁴⁷⁹ Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cit. p. 254.

⁴⁸⁰ Importa notar que o inciso IX do artigo 7º, que tratava da atribuição dos Núcleos de “*firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados*”, foi excluído pela Emenda nº 01/13. Aparentemente, a mudança indica uma maior centralização no CNJ, privilegiando-se a uniformidade em detrimento das particularidades regionais.

⁴⁸¹ A ideia de uma interlocução partindo do CNJ, passando pelos Núcleos e Centros, até chegar ao juízo singular foi defendida anteriormente no seguinte artigo em coautoria: TAKAHASHI, Bruno; VAZ, Paulo Afonso Brum. Barreiras da Conciliação na Seguridade Social e a Política de Tratamento dos Conflitos, cit. especialmente p. 49-50. Posteriormente, retomou-se tal tese em: TAKAHASHI, Bruno. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário, cit. passim.

a) *no âmbito nacional*, o contato entre a cúpula do Judiciário e a presidência do INSS e a chefia da Procuradoria Federal Especializada do INSS é feita pelo CNJ;⁴⁸² em outros termos, o CNJ atua como *interface* entre a Justiça e o INSS com vistas à reforma cooperativa e consensual da Justiça;⁴⁸³

b) *no âmbito regional*, o contato dos Tribunais com as chefias é realizado mediante ações dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos;

c) *no âmbito local*, o contato entre os Juízos Federais, Juizados Especiais Federais e/ou Juízos Estaduais com competência previdenciária e a chefia do INSS é feito por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e, quando inexistentes, pelo próprio juiz.

Nota-se, assim, que há um reconhecimento por parte do Judiciário acerca da necessidade de se estabelecerem contatos com outras instituições, dentre as quais o INSS, para o desenvolvimento de uma política pública acerca dos meios consensuais. De acordo com Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira,⁴⁸⁴ a expansão das práticas consensuais não se sustenta sem a integração com outras instituições do sistema judicial, nas quais se incluem os órgãos governamentais e as procuradorias. Dessa forma, ela defende que:⁴⁸⁵

Os instrumentos e conceitos empregados na realização de uma conciliação ou mediação devem ser utilizados para a construção do novo modelo de Justiça preconizado pela Resolução n. 125, com escuta da fala do outro, busca de soluções cooperativas entre as diferentes instituições e de efetiva participação que assegure o comprometimento dos envolvidos com os resultados.

⁴⁸² Como exemplo, pode ser citado o Acordo de Cooperação Técnica contemplando o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, a Advocacia-Geral da União e o Ministério da Previdência Social (com interveniência do Instituto Nacional de Segurador Social), “tendo por finalidade fomentar estudos, promover o intercâmbio de informações e estabelecer a definição, a padronização e a implementação de procedimentos administrativos e judiciais que permitam maior celeridade, qualidade e segurança, controle e transparência na tramitação de processos e na prestação jurisdicional aos segurados da Previdência Social e beneficiários da Assistência Social” (cf. RICHIA, Morgana de Almeida. *Evolução da Semana Nacional de Conciliação como Consolidação de um Movimento Nacional Permanente da Justiça Brasileira*. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHIA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 69).

⁴⁸³ Cf. MORAES, Germana de Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. *A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira...*, cit. p. 77-8.

⁴⁸⁴ Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cit. p. 255-256.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 255.

A autora⁴⁸⁶ ressalta ainda que “nada adianta dispor de um conciliador/ mediador capacitado, se na sessão de conciliação ou mediação não se faz presente a parte ou quem a represente com efetiva possibilidade e interesse de negociação”. Aponta também que muitos magistrados já perceberam da necessidade do desenvolvimento de um canal de comunicação com as grandes empresas ou instituições. Da mesma forma, salienta a relevância do Núcleo na interlocução com os grandes demandados e demandantes da Justiça, evitando que haja perda de tempo e esforço pela individual e reiterada prática dos juízes sem um discurso uniforme em nome do tribunal que integram, o que enfraqueceria o próprio diálogo.⁴⁸⁷

Logo, o que se observa é que a política pública instituída pela Resolução nº 125/10 não prescinde do contato interinstitucional, formando-se uma rede de colaboração em busca do tratamento adequado dos conflitos. A unidade do discurso é garantida a partir de um modelo escalonado que se inicia no CNJ e chega até o juízo individual.

Reconhece-se que o diálogo entre instituições é mais visível nos níveis hierarquicamente superiores do CNJ e dos Núcleos Permanentes dos tribunais, em que as tratativas assumem maior grau de abrangência e generalidade. De fato, nos Centros e nos juízos individuais, o contato com outras instituições muitas vezes é inserido como uma decorrência natural do desenvolvimento do gerenciamento de processos. Assim, antes de se implantar determinado tipo de procedimento conciliatório, é comum que haja tratativas prévias.⁴⁸⁸ No entanto, a partir do momento em que existe uma política pública permanente, a atuação dos juízes deixa de ser considerada de maneira isolada e passa a ser inserida em um plano mais amplo. O juiz deixa de ser simplesmente o organizador de um procedimento conciliatório e passa a ocupar também o papel de representante do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional.⁴⁸⁹

Em suma, retomando a perspectiva desenvolvida, defende-se que nesse contato o Judiciário atua como conciliador interinstitucional. Significa dizer que o Judiciário não apenas é uma das instituições que irá dialogar, mas, sobretudo, que é o responsável pela aproximação e pela busca de interesses comuns entre as instituições – ou pessoas e

⁴⁸⁶ Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cit. p. 255-256.

⁴⁸⁷ A importância da interlocução do Judiciário com as organizações também é mencionada por Érica Barbosa e Silva (*Conciliação Judicial*, cit. p. 306).

⁴⁸⁸ Conforme pesquisa empírica de Maria Cecília de Araujo Asperti (*Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 94), é o que se nota na Central de Conciliação da Justiça Federal de São Paulo nas tratativas que antecedem a prática das pautas temáticas concentradas referidas no capítulo anterior, item 5.1.3, *supra*.

⁴⁸⁹ Em sentido semelhante, Maria Cecília de Araujo Asperti refere-se à atuação dos juízes coordenadores dos centros de solução de conflitos como mediadores institucionais (*ibid.*, p. 162).

instituições – em conflito. No caso dos conflitos previdenciários, tal atuação não se furta de dificuldades semelhantes àsquelas enfrentadas pelo conciliador leigo e pelo juiz conciliador. Como conciliador interinstitucional, o Judiciário enfrenta mais uma vez a problema de como lidar com o notório desequilíbrio de poder existente nas conciliações com o INSS, transitando entre a maior e menor aproximação das partes como forma de garantir a tomada de uma decisão informada.

Nesse contexto, para que possa ser delineada uma estratégia mínima de atuação do Judiciário como conciliador interinstitucional na fase que antecede as sessões de conciliação, é necessário tratar da legitimidade e dos riscos do contato com o INSS.

6.1.2. Legitimidade do contato

Reiteradamente se afirmou que o conflito previdenciário é caracterizado pela presença de um litigante habitual (INSS) contraposta a de um indivíduo litigante eventual (segurado/ dependente). Como regra, a disputa é vista como repetitiva apenas para o INSS, existindo um notório desequilíbrio de poder.⁴⁹⁰

Importa destacar que o INSS é uma pessoa jurídica de direito público. Assim, por estar sujeito a normas que vinculam a Administração Pública, enfrenta limites e balizamentos necessários para que a conciliação seja possível, havendo o que se chama de *disponibilidade condicionada*.⁴⁹¹ Além disso, por ser pessoa jurídica, enfrenta problemas decorrentes dos limites de competências de cada um dos seus órgãos, no que se sobressaem os problemas de representação.

Owen Fiss⁴⁹² critica a falta de consentimento legítimo no caso de instituições, uma vez que não se sabe quem estaria autorizado a representá-las e dar o consentimento ao acordo. Aponta que os procedimentos formais para identificação das pessoas autorizadas, apesar de existentes, são imperfeitos, sendo mais aptos a facilitar as transações entre organizações e terceiros do que para garantir que seus membros, de fato, concordem com determinada decisão. Nos casos envolvendo a Administração Pública, haveria ainda a dificuldade de saber quem estaria autorizado a falar em nome do Estado e também de definir o que seria o interesse público. Fiss ressalta, ainda, o conflito de interesses que pode existir entre representante e representado.

⁴⁹⁰ Para maiores considerações sobre a natureza do conflito previdenciário, vide Capítulo 1, item 1.3, *supra*.

⁴⁹¹ Sobre esse aspecto, vide Capítulo 2, especialmente item 2.2, *supra*.

⁴⁹² Contra o acordo, cit. p. 128-132.

Nota-se que esse último aspecto relaciona-se com a teoria do principal-agente (*principal-agent theory*), que envolve a atuação de uma pessoa (*agente*) que fala em nome de outra (*principal*).

Segundo Scott R. Peppet,⁴⁹³ há três formas em que o agente pode se distinguir de seu principal. Em primeiro lugar, o agente pode ter preferências diferentes do principal, como quando o agente não quer trabalhar tão arduamente como o principal gostaria. Em segundo, o agente pode ter incentivos diversos do principal, como uma participação diferente nos resultados ou o recebimento de recompensas diversas. Um terceiro aspecto é que o agente pode ter uma informação não disponível ao principal ou vice-versa, o que ocorre, por exemplo, quando o principal não sabe quão firme o agente está trabalhando.

Tais divergências fazem com que surjam problemas variados. Permite-se, exemplificativamente, que se utilize a justificativa da falta de autorização pelo representado para a não realização de um acordo, seja tal informação verdadeira ou meramente um blefe.⁴⁹⁴ No caso de advogados públicos – categoria na qual se enquadram os procuradores federais que representam o INSS –, se os riscos de responsabilização funcional por um acordo indevido forem significativos, de pouco adianta um discurso favorável à conciliação pelos principais. Além disso, ainda que haja uma política institucional favorável à conciliação, pode haver procuradores que, pessoalmente, são contrários a essa ideia e que, não sendo obrigados a tentar a conciliação, simplesmente deixam de aproveitar as oportunidades para tanto.

No caso do INSS, há ainda uma tensão decorrente do fato de a representação jurídica ser externa à autarquia, sendo atribuída a um órgão da Administração Pública Direta, qual seja, a Advocacia-Geral da União.⁴⁹⁵ Desse modo, há uma relação principal-agente tanto entre INSS (principal) e AGU (agente), como também entre AGU (principal) e os procuradores federais (agentes) ou entre INSS (principal) e prepostos da autarquia (agentes). Pode haver diferentes concepções por parte de cada órgão em relação à conciliação, a gerar incentivos diversos. Por exemplo, um preposto do INSS pode ter maiores receios de ser punido com falta funcional ao tentar a conciliação que um procurador federal vinculado a AGU.

⁴⁹³ Six Principles for Using Negotiating Agents to Maximum Advantage. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert (ed.). *The Handbook of Dispute Resolution*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 190.

⁴⁹⁴ Cf. PEPPET, Scott R. *Ibid.*, p. 193.

⁴⁹⁵ Conforme salientado no Capítulo 1, item 1.3.1, *supra*, com a Medida Provisória nº 2.229-43/01, o INSS deixou de ser defendido judicialmente por agentes de seu próprio quadro, passando a ser representado em juízo por procuradores federais, membros da Advocacia-Geral da União.

É de se notar também que existe uma estrutura hierarquizada de agentes no âmbito tanto do INSS como da AGU. Dessa forma, o grau de informação, autonomia e incentivo do procurador-chefe nacional da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS são diversos do procurador federal que atua em primeira instância. Da mesma forma, o presidente do INSS possui interesses e incentivos diversos do servidor de uma Agência da Previdência Social.

Assim sendo, reputa-se que o aprimoramento qualitativo das conciliações com o INSS passa pela aproximação da cúpula com a base, de modo que sejam mitigadas as divergências de opinião e de atuação entre uma e outra. Para tanto, o Judiciário pode assumir o papel de conciliador. Dessa forma, em contato com os órgãos pertinentes, o Judiciário pode travar um diálogo interinstitucional como forma de compatibilizar o comportamento dos agentes de diferentes escalões.

Em termos mais tangíveis, seria possível que, mediante a atuação do CNJ, houvesse tratativas interinstitucionais com o Procurador-Chefe Nacional da Procuradoria Federal Especializada do INSS, com o Presidente do INSS e com o Ministro da Previdência Social. Isso permitiria a definição de propostas mais vantajosas aos segurados, até por conta da maior alçada para autorizações de acordos de tais agentes.⁴⁹⁶ Além disso, os agentes dos órgãos superiores são aqueles que mais diretamente representam as instituições, o que permite uma menor distorção na relação agente-principal.

De maneira semelhante, em âmbito regional e local, seria possível firmar tratativas com as chefias para que se obtivesse o comprometimento para o comparecimento de procuradores favoráveis à conciliação em programas específicos, considerando-se que se apontam tanto a ausência de procuradores nas audiências como a inadequação de perfil de

⁴⁹⁶ Como referido, a definição do limite de alçada para realização dos acordos é traçada basicamente pela Portaria da Advocacia-Geral da União nº 109/07 e pela Portaria da Procuradoria-Geral Federal nº 915/09. Em termos gerais, todo procurador federal pode realizar acordos de até 60 (sessenta) salários mínimos. Acima desse valor e até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), depende-se da autorização dos Procuradores Seccionais e dos Chefes de Escritório de Representação. Sendo o montante ainda superior e até R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), exige-se prévia e expressa autorização dos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais nos Estados. Além desse valor e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), há necessidade de prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais Federais. Se o acordo for superior a tal montante, caberá ao Adjunto de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal autorizar prévia e expressamente a celebração do acordo ou da transação. De acordo com o §2º do artigo 1º da Portaria PGF nº 915/09, é importante destacar também que nas causas de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o acordo ou a transação dependerá ainda de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Previdência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto ou, ainda, daquele a quem tiver sido delegada esta competência.

alguns deles como obstáculos ao desenvolvimento das conciliações em matéria previdenciária.⁴⁹⁷

De todo modo, embora não tenha se desenvolvido em todos os níveis hierárquicos, é possível afirmar que o diálogo interinstitucional é uma das constantes dos desenhos de sistemas comumente utilizados no âmbito dos programas já existentes na Justiça Federal.⁴⁹⁸

De fato, segundo Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi,⁴⁹⁹ em geral se realiza a chamada *reunião interinstitucional* entre representantes do Judiciário e o litigante habitual antes da sessão de conciliação, com o objetivo de mitigar os riscos da habitualidade. Trata-se, declaradamente, de uma forma pela qual o Judiciário, como instituição, procura dialogar com o ente público, de modo a possibilitar a conciliação, obtendo autorizações das chefias superiores e margens vantajosas, além de organizar a pauta de maneira eficiente. É um encontro reservado que, embora anterior à sessão de conciliação, pode ser aproximado ao *caucus*, ou seja, à sessão individual que o conciliador pode realizar com cada parte separadamente.

De acordo com os mesmos autores,⁵⁰⁰ a natureza pública dos interesses envolvidos e a necessidade de legitimar os procedimentos perante o superior hierárquico justificam a realização da reunião interinstitucional. Com isso, há maior segurança para as partes, pois o preposto ou procurador do ente público estará amparado por uma autorização superior, podendo conciliar com maior convicção; o particular, por sua vez, terá ciência de que os parâmetros das propostas foram previamente analisados de maneira imparcial pelo Poder Judiciário. Além disso, privilegia-se a economia processual, evitando-se pautar casos em que se verifica de antemão ser inviável a conciliação.

⁴⁹⁷ Paulo Afonso Brum Vaz destaca que a estrutura deficitária da Procuradoria Federal junto ao INSS vem dificultando o avanço nas conciliações de conflitos previdenciários: “Nas visitas que temos feito às Procuradorias do INSS, principalmente, naquelas situadas em cidades do interior, durante as correições, constatamos que a estrutura funcional e de procuradores federais para a atender à demanda de processos é deficitária e inadequada. Esta tem sido uma constante justificativa para o não comparecimento às audiências, a não adesão aos programas conciliatórios e a escassa apresentação de propostas de acordos. Faltam procuradores, peritos e servidores qualificados para a elaboração das propostas. A deficiência se agrava diante do escasso lapso de tempo para o exame da possibilidade de acordo.” (O microsistema dos Juizados Especiais Federais Cíveis..., cit. p. 352-353).

⁴⁹⁸ Nesse sentido, GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenhos de Sistemas e Mecanismos Consensuais de Conflitos na Justiça Federal: Uma Introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 26.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 26-27.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 27.

No mesmo sentido, ao pesquisar a Central de Conciliação da Justiça Federal em São Paulo, Maria Cecília de Araujo Asperti⁵⁰¹ relata que antes de se montarem as pautas de processos a serem encaminhadas para conciliação, são realizadas reuniões entre os juízes coordenadores e os representantes dos grandes litigantes, dentre os quais o INSS, para discussão dos termos gerais das propostas de acordo a serem praticadas. Refere que, “esses entes são instados a formular propostas de acordos mais vantajosas (para os litigantes ocasionais) do que as que costumam apresentar em juízo”.⁵⁰²

Já Marcella Araujo da Nova Brandão⁵⁰³ salienta que em conflitos com o ente público há a peculiaridade da presença de um mesmo ator. Assim, recomenda que o juiz realize reuniões prévias, de modo a conhecer as dificuldades dos entes públicos e esclarecer o novo modelo a ser proposto.

Por sua vez, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, em monografia sobre os Juizados Especiais Federais Cíveis,⁵⁰⁴ reforça a necessidade do contato prévio entre o juiz e os demais atores processuais. Salienta que o juiz deve criar as condições propícias à conciliação, investindo em todas as medidas possíveis para gerar um clima de cordialidade entre procuradores e advogados. Além disso, destaca a importância de se discutirem as rotinas relevantes da Vara antes de sua implantação, dando como exemplos a quantidade de processos remetidos aos entes públicos para defesa, a forma de pagamento das requisições de pequeno valor e a possibilidade de manifestação por escrito nos autos. Sem esse clima de colaboração, segundo o autor, “não é possível a substituição do paradigma da litigiosidade e, muito menos, a gênese de um ambiente propício às conciliações”.⁵⁰⁵

Mais adiante, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva⁵⁰⁶ afirma que, na fase preparatória, o magistrado deve adotar uma postura proativa, visitando entidades públicas com as quais se relaciona processualmente, estabelecendo um contato mais estreito com elas e conhecendo a realidade de organizações como o INSS. Conforme Silva, o juiz deve reunir-se com procuradores dos réus munido de uma pauta de casos nos quais verificou ser possível o acordo, seja porque a matéria de direito já está pacificada, seja porque a matéria de fato é de fácil compreensão e julgamento. Como exemplo do primeiro tipo, cita a

⁵⁰¹ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 94.

⁵⁰² Tais tratativas institucionais prévias com litigantes habituais puderam ser observadas em outros programas existentes no Brasil analisados por Maria Cecília de Araujo Asperti (ibid., especialmente p. 102, 108-109 e 113-114).

⁵⁰³ *A Consensualidade e a Administração Pública em Juízo*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009, p. 30. Disponível em: <http://migre.me/mJbxT>. Acesso em: 20 ago. 2013.

⁵⁰⁴ *Juizados Especiais Federais Cíveis...*, cit. p. 122.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 122.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 126-127.

revisão pelo Índice de Reajuste do Salário Mínimo (IRSM) em fevereiro de 1994; como exemplo do segundo, refere-se a discussões quanto ao tempo de serviço rural. Além disso, ressalta que o juiz deve solicitar a designação de um procurador público para estabelecer um diálogo constante e profícuo. Tal procurador deve possuir perfil adequado para a conciliação, sendo uma pessoa comprometida com a pacificação de litígios e espíritos, com a resolução dos processos e prestígio da Justiça.

Posteriormente, o mesmo autor⁵⁰⁷ enumera algumas questões que podem ser definidas nessas reuniões prévias, ressaltando que não há um limite para os ajustes:

- I – a quantidade de processos para citação do ente público, de tal forma que possa ser oportunizada uma análise detalhada do caso, facilitando a conciliação futura;
- II – a aceitação de cálculos elaborados pelo réu, ressalvado o direito do autor impugná-los, pois não é produtivo que o autor faça uma conta, o juízo outra e o réu mais uma. De modo geral, será a entidade pública a mais instrumentada (documentos) para a realização do cálculo, além de evitar embargos à execução;
- III – a combinação de quesitos nos exames técnicos para processos repetitivos, como os de auxílio-doença;
- IV – a quantidade de audiências a serem realizadas semanalmente, de molde a não sobrecarregar o trabalho, permitindo o estudo dos casos para fins de acordo (pauta negociada);
- V – a deliberação em conjunto com os advogados a respeito da suspensão de determinados processos, quando a questão for unicamente de direito e estiver em grau de recurso nos Tribunais Superiores, sendo desejável a suspensão para que a força de trabalho dedique-se aos demais processos do Juizado.

Tais ponderações indicam os benefícios da reunião interinstitucional, os quais, inclusive, foram reconhecidos pela Recomendação Conjunta nº 05, de 17 de maio de 2012, da Corregedora Nacional de Justiça e do Corregedor-Geral da Justiça Federal.⁵⁰⁸ De fato, o artigo 2º de referida Recomendação aponta os seguintes assuntos a serem tratados nas reuniões preparatórias:

⁵⁰⁷ *Juizados Especiais Federais Cíveis...*, cit. p. 139-140.

⁵⁰⁸ Ainda que literalmente restrita aos processos previdenciários de Juizados Especiais Federais e aos de “competência delegada” (artigo 109, § 3º, da CF), entende-se que tal recomendação pode, com proveito, ser aplicada aos demais casos de conflitos previdenciários judicializados.

Art. 2º Recomendar que na reunião preparatória a que se refere o artigo 1º, sejam disciplinadas as regras do mutirão, de tal sorte a conciliar celeridade e segurança jurídica, observando os seguintes procedimentos:

I. número máximo de audiências por dia e por juiz;

II. intervalo mínimo entre as audiências;

III. início do prazo recursal;

IV. antecedência mínima para a carga dos autos ao INSS;

V. suspensão da remessa ordinária de processos durante o mutirão ou juizado itinerante;

VI. prazo para cumprimento das sentenças ou decisões;

VII. periodicidade dos próximos mutirões.

Desse modo, entre outras vantagens, justificam a existência de tratativas interinstitucionais prévias entre o Judiciário e o INSS: a realização do contato com os órgãos superiores da autarquia, de modo a mitigar a dissonância entre agente-principal e ampliar as margens de acordo; a definição de parâmetros mais uniformes das propostas a serem apresentadas; a seleção dos processos aptos à conciliação; e a obtenção do compromisso de comparecimento de representantes do INSS às audiências.

6.1.3. A parceria e os riscos correlatos

No entanto, sob outro ângulo, os riscos correlatos não devem ser ignorados. De fato, muitas vezes o que se nota é que o Judiciário justifica a aproximação sob o argumento de que estaria agindo na defesa do litigante ocasional – no caso, o segurado ou o dependente que requer um benefício em face do INSS –, sem que isso efetivamente ocorra e sendo, inclusive, questionável que possa ocorrer.

De acordo com Maria Cecília Araujo Asperti, as pessoas ouvidas em sua pesquisa empírica ressaltaram que as tratativas prévias visam assegurar melhores condições aos litigantes ocasionais. Em muitos casos, a participação do litigante repetitivo nos mutirões estaria condicionada à apresentação de propostas significativamente mais vantajosas do que aquelas apresentadas em casos individuais ou extrajudicialmente. Segundo Asperti:⁵⁰⁹

Os entrevistados relatam que, nessas negociações prévias (ou tratativas interinstitucionais), o Judiciário tenta estabelecer parâmetros mínimos para as negociações, criando-se uma situação na qual Judiciário e

⁵⁰⁹ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 161.

litigante repetitivo negociam com poder de barganha compatível, o que mitigaria o desequilíbrio de poder de barganha inerente a esse tipo de disputa.

É comum, então, que o Judiciário procure assumir o papel de representante dos litigantes ocasionais nas tratativas interinstitucionais prévias. Ocorre que, como conciliador interinstitucional, não se pode afastar da ideia de terceiro que atua na facilitação da comunicação das partes, sem que tome partido ou advogue para qualquer uma delas. Ainda que o notório desequilíbrio de poder entre INSS e indivíduo exijam estratégias interventivas mais incisivas por parte do conciliador, nem por isso ele deve assumir a postura de advogado da parte mais fraca. Essa afirmação vale não apenas para o conciliador leigo ou para o juiz conciliador, mas também para o Judiciário como conciliador interinstitucional.

Além disso, como afirmado, as reuniões interinstitucionais podem ser comparadas à ferramenta do *caucus*. Vale então a observação de Ellen Waldman no sentido de que, no *caucus*, o controle que o terceiro facilitador possui em relação ao fluxo de informações aumenta. O terceiro decide que informação solicitar à parte com que se reúne e depois o quanto dessa informação será revelada para a parte contrária. Isso, segundo a autora, pode fazer com que sejam escolhidas apenas informações que levam ao acordo. Em contrapartida, o terceiro pode ficar sabendo de uma proposta de acordo, mas não a transmitir antecipadamente com receio de que não seja aceita pela outra parte. Tais atitudes podem afetar a autonomia das partes em relação ao consenso.⁵¹⁰

Acrescente-se que, nessa filtragem de informações, o Poder Judiciário, corporizado na figura dos juízes, não deixa de possuir interesses e valores próprios, não se tratando exatamente de um terceiro desinteressado.

Sobre tal aspecto, Judith Resnik⁵¹¹ questiona se os juízes realmente são céticos em relação aos julgamentos ou se a promoção de alternativas não parte de uma visão pragmática de que os julgamentos não conseguem atingir um volume capaz de suprir a demanda. Nesse contexto, o uso das *ADR* poderia ser vista como uma segunda melhor opção (*second-best solution*), com menores custos.

⁵¹⁰ Informed Consent in Mediation..., cit. p. 806.

⁵¹¹ Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement. *Journal of Dispute Resolution*, 155, 2002, p. 162.

Além disso, Resnik⁵¹² destaca que os juízes podem promover o acordo por duvidarem de suas próprias capacidades de encontrarem a realidade dos fatos e a legislação aplicável. Haveria ainda a pressão devido a um número infundável de processos, às dificuldades profundas de se realizar um julgamento e à presença de certos advogados tidos por beligerantes, dissimulados e caros. Tudo isso faria com que os juízes encorajassem os acordos por oferecerem tanto quanto – ou tão pouco quanto – a adjudicação poderia oferecer. Segundo a autora, ao incentivarem o acordo, os juízes evitam cometer erros – ao menos, é claro, que o direcionamento ao acordo seja em si mesmo um equívoco.⁵¹³

A mesma autora,⁵¹⁴ referindo-se ao ensinamento de Marc Galanter, afirma que os juízes também são *repeat players*, infelizes com o que percebem e, assim como os litigantes habituais, capazes de jogar com as regras. No mais, continua ela,⁵¹⁵ os juízes não apenas são *experts* no processo por causa de sua participação repetitiva, mas também porque são atores sociais com suas próprias necessidades, agendas e objetivos. Dessa forma, ao valorizarem o acordo, os juízes também estão falando como servidores públicos sobrecarregados com um volume infundável de casos, como observadores de primeira mão dos excessos e das incompetências de alguns advogados e como membros de um grupo com os seus próprios objetivos profissionais.

Tendo esses ensinamentos em consideração, tome-se como exemplo a prática apresentada por Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva,⁵¹⁶ que se refere ao procedimento dos Juizados Especial Federal da Subseção de Blumenau. Pelo que consta, são propostos acordos escritos pelo INSS logo após a intimação a respeito da perícia médica que atesta a incapacidade laboral da parte autora. Assim, segundo Silva, existindo “concordância com a proposta, de imediato é lavrada a sentença homologatória, sem necessidade de perder tempo com a audiência”. Ele cita também casos de remessa dos autos para a Procuradoria antes da citação em situações como o reconhecimento de tempo de serviço rural e especial, e matérias de direito já pacificadas contra o INSS.

De acordo com Silva:⁵¹⁷

⁵¹² Mediating Preferences..., cit. p. 165.

⁵¹³ Segundo Resnik: “By ‘not making law’ (to borrow Mitu Gulati’s phrase), judges not only avoid indeterminacy, they also avoid making mistakes – unless of course the push towards settlement is, in itself, mistaken” (ibid., p. 165).

⁵¹⁴ Ibid., p. 163.

⁵¹⁵ Ibid., p. 167.

⁵¹⁶ *Juizados Especiais Federais Cíveis...*, cit. p. 140-141.

⁵¹⁷ Ibid., p. 141.

Segundo levantamento da Procuradoria do INSS de Blumenau, SC, a economia gerada com 1.640 acordos foi superior a um milhão de reais.

É importante frisar que, em muitos casos, há renúncia expressa da parte autora aos valores que superam o teto dos Juizados, o que aumenta a receita gerada pelos acordos.

O tempo médio de demora processual é de apenas 06 meses (da entrada ao retorno da Turma Recursal). Portanto, não adianta contar com a morosidade para postergar o pagamento ou para equilibrar o orçamento.

Com base no relato mencionado, vislumbra-se uma aproximação entre INSS e Judiciário em que os interesses de ambas as instituições estariam satisfeitos. O INSS teria o interesse de economizar em condenações judiciais; o Judiciário, em reduzir o número de processos existentes no menor tempo possível. Assim, o resultado da medida gerou tanto a economia pretendida (“a economia gerada com 1.640 acordos foi superior a um milhão de reais”), como a abreviação almejada (o “tempo médio de demora processual é de apenas 06 meses”). Para tanto, porém, suprimiu-se o momento das audiências, considerado como algo com o qual não se deveria “perder tempo” e que demandaria meios não disponíveis na estrutura judiciária.

No entanto, tendo em vista tal sistemática, é de se questionar se não se está a suprimir justamente o único momento em que eventualmente poderia existir um contato mais direto com as partes e em que, assim, seria possível imaginar uma comunicação entre elas com o auxílio do conciliador.⁵¹⁸ Sem a audiência e com base na troca de petições escritas, há inegável abreviação do rito procedimental, economia de recursos físicos e humanos e economia do lado do INSS. Dessa forma, os interesses do INSS e do Judiciário são satisfeitos por meio da parceria entabulada. Até que ponto, porém, não se utiliza mais uma vez aqui o argumento da qualidade como forma de esconder a busca pela quantidade?

De fato, por meio de incentivos baseados em pretensa eficiência, corre-se o risco de ocasionar parcerias em que os interesses dos litigantes ocasionais, apesar de utilizados como argumento retórico, nem sempre são preservados.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Os benefícios da audiência de conciliação foram expostos no Capítulo 5, especialmente item 5.1.2, *supra*.

⁵¹⁹ Dentre os incentivos, basta lembrar a valorização do número de acordos como critério de avaliação dos programas conciliatórios.

6.1.4. O papel que se espera do Judiciário: o devido processo legal mínimo expandido

A partir do que foi afirmado, não se nega a importância do diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e o INSS, mas se faz a ressalva dos riscos correlatos. Destaca-se que esse contato pode permitir um tratamento mais adequado da situação de notório desequilíbrio de poder que envolve as conciliações em matéria previdenciária. No entanto, a proximidade do conciliador, mais uma vez, não pode ser confundida com perda da imparcialidade.

Para tanto, volta-se à necessidade de que, também no nível do diálogo interinstitucional, seja preservado um devido processo legal mínimo, agora expandido em um patamar mais abstrato e generalizado, no sentido de dissociado de processos determinados.

As reuniões interinstitucionais, com a participação apenas de representantes do Judiciário e do INSS são justificáveis de maneira semelhante ao da utilização da ferramenta do *caucus*, ou seja, como forma de incrementar a comunicação que não encontra forma de ser desenvolvida de modo mais eficiente na presença da outra parte.⁵²⁰ No entanto, é importante que o Judiciário, por meio de seus representantes, atue aqui como conciliador e não como procurador do litigante ocasional ausente. Desse modo, deve servir de canal de comunicação entre o grupo disperso de indivíduos dispersos e o INSS.

Em outros termos, defende-se adequado que, como conciliador interinstitucional, o representante do Judiciário faça o papel de diretor da comunicação (*communication director*), para retomar expressão de Kimberlee K. Kovach.⁵²¹ Desse modo, modulando a troca de informação, o conciliador pode auxiliar as partes a se entenderem melhor.

A direção de comunicação não necessariamente exige a presença simultânea das partes. Algumas situações específicas, como o próprio desequilíbrio de poder e mesmo o problema agente-principal, podem tornar mais adequada a fala em separado com uma delas. De qualquer forma, o conciliador deve se colocar como diretor do fluxo de comunicação entre uma e outra parte e não como voz de uma delas.

No caso da conciliação com o INSS, a presença simultânea de todos os indivíduos seria inviável, até porque as reuniões interinstitucionais podem ter como objeto o

⁵²⁰ Sobre essa função do *caucus*, vide, por exemplo, SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*, cit. p. 275.

⁵²¹ Mediation, cit. p. 308. Esse aspecto foi tratado quando da menção dos diversos papéis que o terceiro facilitador pode assumir. Vide Capítulo 3, item 3.1, *supra*.

tratamento de demandas ainda não ajuizadas, mas que certamente serão (por exemplo, uma nova tese revisional que vem gerando um número crescente de ações por mês).

É possível, porém, que o Judiciário, no papel de conciliador interinstitucional, canalize as informações dispersas em situações isoladas e as apresente ao INSS traduzidas em um discurso unificado. Por exemplo, a partir da constatação em audiências dispersas de que muitos indivíduos não se sentem satisfeitos com o baixo valor das propostas apresentadas pelo INSS, o representante do Judiciário poderia buscar a majoração dos valores por meio do diálogo interinstitucional. Diante da reclamação comum de que determinado procurador federal se mostra inflexível e de difícil trato, seria possível solicitar a mudança de postura ou a atuação de profissional diverso.

Em um plano ideal, o Judiciário, nos diversos níveis (CNJ, Núcleos, Centros e juízos individuais), canalizaria as informações, reclamações e sugestões obtidas do contato constante com os litigantes ocasionais ou mesmo dos próprios órgãos do Judiciário hierarquicamente inferiores, e as transmitiria ao INSS. O representante do CNJ poderia realizar tratativas visando uma autorização ampla para acordos ou a edição de súmula administrativa para determinada matéria de direito que vem ensejando um grande número de processos. Os representantes dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos poderiam buscar apoio da Procuradoria Regional Federal para se evitar a reclamação constante no sentido de que procuradores não estariam comparecendo às audiências de conciliação. O juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderia instar o procurador-chefe local a ampliar os valores das propostas para se adequarem à média nacional, transmitindo a ponderação de advogados que atuam em localidades nas quais propostas mais vantajosas são apresentadas. Nessas situações, o Judiciário não estaria impondo um interesse próprio, como o de realizar um maior número de acordos em menor tempo, mas canalizando anseios e preocupações dos litigantes ocasionais.

Além disso, o canal de comunicação deveria ser tratado como uma *via de mão dupla*. Não apenas informações dos litigantes ocasionais deveriam ser transmitidas ao INSS, como também, na medida do possível, aquilo que tenha sido definido nas reuniões interinstitucionais deveria ser comunicado de volta aos indivíduos. Ainda que o dever de confidencialidade impeça a divulgação de determinadas falas, sob pena de inutilizar a própria ferramenta dessa espécie de *caucus*, é importante que haja a publicidade, ao menos, dos resultados da reunião.

Para tanto, seria de se imaginar a publicação da ata resumida da reunião no Diário Oficial, após a concordância dos presentes quanto ao seu conteúdo. Do mesmo modo, a ata poderia ser encaminhada à Defensoria Pública da União e ao Ministério Público Federal e ser também afixada no local em que realizadas as sessões de conciliação.

Tal registro histórico, ao mesmo tempo em que serviria como a formalização dos compromissos assumidos, também permitiria que os litigantes ocasionais tivessem ciência dos principais aspectos debatidos, podendo manifestar posterior discordância caso existente. Isso evitaria, por exemplo, que fossem perpetuadas situações hipotéticas desarrazoadas como um acerto em que o INSS se comprometesse a oferecer de 60% a 90% dos atrasados, conforme o comportamento mais ou menos exaltado do advogado da parte autora, comprometendo-se o Judiciário a não intervir na modificação dos patamares e confiando integralmente na avaliação do procurador presente na audiência.

Além disso, compreende-se que haja dificuldade de se eleger um representante adequado de todos os indivíduos, pois nenhum advogado privado pode se irrogar como detentor de tal papel,⁵²² a Defensoria Pública da União não atua na defesa de todos os segurados⁵²³ e que mesmo a intervenção do Ministério Público Federal não ocorre em

522 Em discussão que não cabe aprofundar aqui, mencione-se que não é garantido, ainda, que os advogados de segurados possuam os mesmos incentivos que seus clientes para aceitar ou não o acordo. De fato, Marc Galanter ressalta que os advogados que se especializam no atendimento de litigantes ocasionais (*one-shotters*) normalmente viriam dos baixos escalões da profissão. Além disso, a relação episódica e isolada com um litigante em particular tenderia a gerar um estereotipado e pouco criativo tipo de serviço legal. Desse modo, para o advogado que trabalha para *one-shotters*, seu cliente permanente seria o fórum, a parte oposta, ou o intermediário que o abastece com clientes. O cliente em si seria uma “peça de negócio” (Why the ‘Haves’ Come out Ahead..., cit. p.116-118). Ao comentar referida passagem, o autor do presente trabalho já salientou em outra ocasião: “existe um distanciamento entre o segurado/dependente e o seu advogado no caso das ações previdenciárias. A relação entre eles é episódica. Muitas vezes o contato direto ocorre apenas no momento de uma eventual audiência judicial. Em contrapartida, o INSS é representado em juízo por um corpo técnico capacitado de procuradores federais.” (TAKAHASHI, Bruno. A Súmula 111 do STJ e a Divergência entre Advogado e seu Cliente. In: SERAU JR., Marco Aurélio. (Org.). Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STJ. Curitiba: Juruá, 2013, p. 157-168).

523 A Defensoria Pública da União é prevista no artigo 134 da Constituição Federal. Sua organização é dada pela Lei Complementar nº 80/94, que a define no artigo 1º como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*”. O artigo 4º, II, do mesmo diploma legal, em redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, destaca como função institucional da Defensoria Pública, “*promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos*”. A despeito desse seu importante papel, tanto na defesa dos necessitados como na solução consensual dos litígios, o fato é que ainda hoje a Defensoria Pública da União não se mostra devidamente estruturada, o que impede uma atuação mais abrangente. De fato, cabe notar que, no Estado de São Paulo, existem representações apenas na capital, em Campinas, em Guarulhos, em Santos e São Vicente, no ABC, em Ribeirão Preto, em São José dos Campos e em Sorocaba (conforme informações obtidas no *site* da DPU: <http://migre.me/ng6P1>. Acesso em: 06 jan. 2013).

todas as ações previdenciárias. Nada obstante, reputa-se relevante que haja a expansão da rede de contatos interinstitucionais, realizando reuniões também com entidades que, ainda que parcial e indiretamente, relacionem-se com os interesses dos segurados.

Desse modo, o representante do Judiciário poderia reunir-se, entre outros, com membros do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União, da Ordem dos Advogados do Brasil e de associações de aposentados e pensionistas. Mesmo que tais entidades nem sempre possuam legitimidade para firmar acordo em nome dos indivíduos, podem validamente trazer informações, críticas e sugestões que, posteriormente, seriam canalizadas pelo Judiciário ao INSS para o aprimoramento qualitativo das conciliações.

Esquemáticamente, o fluxo de comunicação, tendo o Judiciário como conciliador interinstitucional, é ilustrado da seguinte forma:

Figura 3. O Judiciário como conciliador interinstitucional sob a faceta de diretor do fluxo da comunicação.

Além disso, ao lado de reuniões privadas, mostra-se interessante pensar em encontros conjuntos entre membros das variadas instituições que lidam com a conciliação de conflitos previdenciários. Sob a coordenação do Judiciário como conciliador interinstitucional, as diversas entidades poderiam dialogar e buscar o aprimoramento das conciliações.⁵²⁴

⁵²⁴ De certo modo, exemplo disso são os Fóruns Interinstitucionais Previdenciários existentes no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Existem três Fóruns Interinstitucionais Previdenciários: um abrange o Paraná, outro Santa Catarina e outro o Rio Grande do Sul. Tais fóruns foram instituídos, respectivamente, pelas Resoluções 19, de 23 de março de 2011, 83, de 22 de outubro de 2010, e 36, de 24 de junho de 2010, todas do TRF4. Nesses fóruns, há a participação, dentre outros, de juízes estaduais e federais, além de representantes da Procuradoria do INSS, da OAB e dos segurados. Assim, cria-se um ambiente propício a discussões para a melhoria do tratamento das demandas em face do INSS, inclusive por meio da conciliação. O artigo 3º é idêntico nas três Resoluções referidas e possui a seguinte redação: "Art. 3º São princípios a

Outra alternativa mencionada por Érica Barbosa e Silva⁵²⁵ para os casos de violação de direitos individuais homogêneos em que há desequilíbrio de poder seria a coletivização, inclusive com a possibilidade de realização de conciliação na demanda coletiva.⁵²⁶

Dessa forma, percebe-se que são variadas as estratégias em que o Judiciário pode legitimamente atuar como conciliador interinstitucional. O que importa notar a partir dos exemplos apresentados é que, em qualquer dos casos, deve-se zelar para que haja o respeito ao devido processo legal mínimo que permita a tomada de uma decisão informada pelas partes. Para tanto, mais uma vez o conciliador deve atuar entre a ética do cuidado e a ética imparcialidade, procedendo-se a uma aproximação equilibrada das partes.

De fato, se realizado adequadamente, o diálogo interinstitucional pode servir de relevante estratégia para lidar com o desequilíbrio de poder ínsito às conciliações em matéria previdenciária. Seguindo a linha de raciocínio de Jacqueline Nolan-Haley, o dever de decisão informada envolve não apenas o conciliador individualmente considerado, mas também os tribunais e os serviços privados de mediação, entre outros.⁵²⁷ Há, assim, dever de decisão informada também do conciliador interinstitucional.

Isso implica que o conciliador interinstitucional aja como um eficiente diretor da comunicação entre os indivíduos e o INSS, traduzindo os anseios de um e retransmitindo as ponderações do outro. A dificuldade da comunicação decorrente da dispersão dos indivíduos é canalizada pelo Judiciário que, como conciliador interinstitucional, promove tratativas com o INSS e as informa posteriormente ao indivíduo.

Em tais tratativas, mostra-se necessário que os membros que representam o Judiciário (como coordenador do Núcleo Permanente, o coordenador do Centro ou mesmo membro do Comitê Gestor da Conciliação do CNJ) possuam o adequado preparo. Tais representantes devem ser capazes de separar os interesses próprios do Judiciário dos interesses das partes, servindo como diretores da comunicação e evitando criar ruídos indevidos durante tal tarefa. Também nessa função são úteis algumas das técnicas

serem observados no âmbito das atividades do Fórum: respeito à dignidade humana, transparência, participação, co-produção, padronização, simplificação, celeridade, eficiência, busca da conciliação e a redução da litigiosidade” (g.n.).

⁵²⁵ Conciliação Judicial, cit. p. 223-227 e p. 333.

⁵²⁶ Entende-se que tal medida, porém, depende do ajuizamento de demanda coletiva, o que retoma as questões de legitimidade da representação de todos os segurados/dependentes.

⁵²⁷ Segundo Nolan-Haley: “Courts, public agencies, private providers of mediation services, and lawyers who represent parties in mediation all have informed consent responsibilities” (Informed Consent in Mediation..., cit. p. 824).

utilizadas pelos conciliadores individualmente considerados, como, exemplificativamente, os questionamentos, a escuta ativa e a inversão de papéis.

Além disso, é importante que os representantes do Judiciário saibam ponderar quando devem aproximar-se das partes e em que medida. Para tanto, é relevante que compareçam às reuniões interinstitucionais preparados, sabendo, entre outros aspectos, quais os atores envolvidos, quais representantes comparecerão às tratativas preliminares e quais as peculiaridades do conflito. De maneira semelhante a do conciliador leigo, cabe a realização de uma análise prévia do conflito e uma posterior confirmação dessa análise. Esse exame, porém, não é baseado em processos específicos, voltando-se a um patamar mais abstrato. Por exemplo, imagine-se uma reunião para tratativas preliminares de conciliação em processos envolvendo o reconhecimento de atividade especial de antigos trabalhadores da Bolsa de Valores que sustentam que a atividade no “pregão” era prejudicial à saúde. De ordinário, tal tipo de demanda envolve autores mais esclarecidos e representados judicialmente por advogado do sindicato da categoria, que pode legitimamente participar da reunião interinstitucional. Isso faz com que o grau de interferência do conciliador, mesmo no patamar do diálogo interinstitucional, possa ser menor.

Dessa forma, muitas vezes a sessão de conciliação é a última etapa – e não a primeira – de uma série de tratativas que já se iniciaram muito antes a partir do contato interinstitucional entre o Judiciário e o INSS, bem como eventualmente com outros atores processuais.⁵²⁸ Embora não se negue a importância desse diálogo interinstitucional prévio, defende-se que, no âmbito de uma política permanente de resolução de conflitos, o canal de comunicação deve ser igualmente permanente, não se limitando a encontros casuais em regime de mutirão.⁵²⁹

⁵²⁸ Nesse sentido, por exemplo, em uma perspectiva mais ampla tratando do uso em geral de meios consensuais na Justiça Federal, vide GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. *Desenhos de Sistemas e Mecanismos Consensuais de Conflitos na Justiça Federal...*, cit. p. 28.

⁵²⁹ Marco Aurélio Serau Jr. também apresenta proposta semelhante, ao afirmar: “No caso do conflito previdenciário, seria necessária a participação dos principais agentes envolvidos nessa disputa alocativa (INSS, Procuradoria Federal, Poder Judiciário, sindicatos de trabalhadores, pensionistas e aposentados, instituições coletivas), o que ganharia status de uma *mediação pública* ou *mediação interinstitucional*, possivelmente com o Poder Judiciário atuando como mediador privilegiado e imparcial nesse DSD – um ator estratégico na resolução desse conflito, preferencialmente na esfera coletiva, estabelecendo prazos, metas, etc., com foco na redução de litigiosidade” (*Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais*, cit. p.221).

6.2. Durante a sessão de conciliação: o monitoramento dos programas

É fundamental que o canal de comunicação interinstitucional seja permanente. Desse modo, tratativas interinstitucionais deixam de serem vistas apenas como combinações prévias antecedentes a mutirões pontuais, passando a ser um espaço perene de discussões.

Nesse sentido, o espaço de atuação do conciliador interinstitucional é menor durante as sessões de conciliação. O que existe mais propriamente é a interação entre as partes, o que é realizado por meio do conciliador leigo, com auxílio direto ou indireto do juiz. No entanto, dentro da ideia de diálogo permanente, é importante que se considere o momento das conciliações como algo que não se esgota em si mesmo.

De fato, os acontecimentos durante as sessões de conciliação podem fornecer importantes subsídios para reuniões interinstitucionais futuras, pois são nesses momentos que se verificam as reações dos indivíduos diante das propostas apresentadas, que se notam os comportamentos de determinado advogado ou procurador federal, e que se apresentam situações que poderiam ensejar novos tipos de propostas no futuro, entre outras situações hipotéticas.

Seria possível imaginar ainda um monitoramento das sessões em tempo real, em que, por exemplo, o coordenador do Núcleo Permanente de Solução de Conflitos pudesse ter acesso às dificuldades que estão sendo enfrentadas, contatando as autoridades superiores do INSS quando necessário. Tal acesso direto aos superiores hierárquicos para pedidos de propostas específicas ou submissão imediata a um comitê é frequente em sessões de conciliação relativas a contratos habitacionais de dívidas geridas pela Empresa Gestora de Ativos-EMGEA, sem que haja conhecimento de prática semelhante envolvendo o INSS.

De todo modo, ainda que não exista uma participação mais direta do Judiciário como conciliador interinstitucional durante as sessões de conciliação, é a partir do ocorrido durante tais sessões que serão agrupadas as informações, as críticas e as sugestões que poderão subsidiar uma tratativa interinstitucional futura.

6.3. Após a sessão de conciliação: a consolidação e a avaliação dos resultados

Dessa forma, respeitada a confidencialidade, é importante que, após as sessões, haja comunicação também entre aqueles que atuam diretamente nas tentativas de conciliação (conciliadores ou juízes) com aqueles que irão exercer a função de conciliadores

interinstitucionais representando o Poder Judiciário. Reuniões entre juízes e coordenadores dos Centros e dos Núcleos, bem como entre os coordenadores de Núcleos e os representantes do Conselho Nacional de Justiça são importantes para que haja essa troca de experiências, de modo que o ocorrido durante as sessões possa ser avaliado.

Além disso, mostra-se relevante que existam canais também para que as partes, e especialmente os indivíduos, possam manifestar suas impressões, positivas e negativas, sobre a conciliação. É relevante que haja canais institucionais de controle da população sobre a atuação do terceiro facilitador. Se a flexibilidade instrumental não exige a fundamentação de determinada atuação do conciliador, é necessário o desenvolvimento de outros mecanismos para que haja a devida responsividade (*accountability*). Nota-se ainda a importância do *feedback*, pois é a partir da avaliação que é possível corrigir desvios e propor melhorias, em constante comunicação da base para o topo e vice-versa.

Como salienta Maria Cecília de Araujo Asperti,⁵³⁰ como a avaliação é “de suma relevância para atingimento dos fins do sistema ou programa de resolução de disputas, é fundamental que se mensure a qualidade do processo, o que se reflete na percepção da parte ao resultado e o processo em si”. Para tanto, é necessário que a avaliação não se baseie somente em aspectos quantitativos, o que pode gerar um incentivo para a busca tão-somente de um maior número de acordos. O mais relevante, assim, é que sejam buscados critérios de mensuração que avaliem outros aspectos além da quantidade de acordos firmados.

Nesse sentido, Paulo Eduardo Alves da Silva⁵³¹ destaca que é “cada vez mais evidente que variáveis como a quantia de acordos realizados e o nível de redução de estoque de processos não são parâmetros seguros de produtividade e qualidade do método adotado”. Desse modo, a produtividade deve ser vista como uma questão de qualidade da justiça produzida e não de quantidade dos atos realizados.⁵³² Segundo o autor,⁵³³ métodos menos formais como a conciliação buscam principalmente a satisfação das partes e a resolução do conflito com paz social, havendo a necessidade de valer-se de índices como aqueles que medem a confiança da população nas instituições públicas, inclusive o Poder Judiciário, tais como o Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJ), da FGV, e o Sistema de Indicadores de Percepção Social (Sips), do IPEA.

⁵³⁰ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 155.

⁵³¹ *Mediação e Conciliação, Produtividade e Qualidade*, cit. p. 44.

⁵³² *Ibid.*, p. 46.

⁵³³ *Ibid.*, p. 45.

Dessa maneira, os dados colhidos podem servir como incentivos adequados ao desenvolvimento da prática conciliatória, permitindo ainda uma melhor avaliação dos programas e também a produção de subsídios para tratativas interinstitucionais futuras que, por sua vez, por serem baseadas em melhores subsídios, podem gerar um avanço qualitativo. Forma-se, assim, um diálogo interinstitucional permanente.

Em uma perspectiva otimista, esse diálogo permite o avanço rumo a uma mudança de paradigma. O fluxo constante de comunicações pode fazer com que as partes, e especialmente os indivíduos, tenham uma maior consciência dos seus direitos, propiciando melhores condições para a tomada de uma decisão informada.

Ao perceberem, por exemplo, que determinada súmula administrativa sugerida em reunião interinstitucional permitiu a realização de acordos com pagamento integral dos atrasados, é de se imaginar que os indivíduos provoquem o Judiciário para que se tente a obtenção de nova súmula em matéria diversa. O paradigma da conciliação de conflitos previdenciários mediante renúncia de atrasados em uma demanda que o INSS sabe de antemão que muito provavelmente irá perder pode ser gradativamente alterado a partir do momento em que os indivíduos possuam uma informação mais precisa da forma de atuação da autarquia e das perspectivas reais de desenvolvimento do processo.

Afirmou-se que a definição da certeza ou da incerteza do direito acaba ficando nas a critério do INSS, o que impede a melhoria qualitativa das propostas, na medida em que, muitas vezes, toma-se como duvidoso (e assim possível de transação) o que poderia ser tido como certo (e assim impondo o reconhecimento do pedido).⁵³⁴ O fortalecimento do diálogo interinstitucional, se bem realizado, poderia gerar o efeito positivo de permitir uma maior reflexão por parte do INSS acerca dos parâmetros do que poderia ser tido como certeza. Desse modo, o poder estrutural do INSS seria mitigado a partir de uma estratégia de tratamento institucionalizado do conflito previdenciário.

Da mesma forma, a aproximação poderia propiciar que os conflitos fossem tratados antes mesmo de surgirem, em uma atuação pré-processual. Nessa hipótese, poderiam ser investigados focos de litigiosidade e, assim, serem incentivadas soluções consensuais que pudessem ter início ainda no âmbito administrativo.

Em um plano ideal, seria possível ainda que se discutissem as causas da litigiosidade, de modo a prevenir o surgimento de conflitos. Além do tratamento pré-

⁵³⁴ Sobre o tema, vide Capítulo 2, especialmente item 2.5, *supra*.

processual do conflito, seria analisada a própria gênese do conflito, de modo a ensejar um tratamento preventivo em vez de repressivo.

De acordo com Maria Cecília de Araujo Asperti:⁵³⁵

É fundamental que sejam analisadas as causas e o trajeto de judicialização de cada contingente (litigância) de disputas repetitivas. Somente compreendendo os motivos pelos quais determinadas questões permeiam com mais frequência o Judiciário é que será possível uma utilização eficiente e adequada desses mecanismos consensuais ou, ainda, uma atuação mais estratégica que se volte para a raiz do problema, promovendo-se um diálogo com os atores envolvidos na busca de soluções de longo prazo.

A partir dessas potencialidades do diálogo interinstitucional permanente, o que se espera, assim, é que o maior esclarecimento das partes permita que suas escolhas sejam mais conscientes, bem como que o próprio INSS reveja seus posicionamentos. Atuando o Judiciário como conciliador, contribui-se, sobretudo, para que os resultados obtidos por meio dos acordos firmados possam ser tidos como mais justos pelas as partes. E justiça é o que importa no final do dia.⁵³⁶

6.4. Síntese

Portanto, foi possível verificar que, dentro de uma política permanente de tratamento de conflitos que valoriza a conciliação como a estabelecida pela Resolução nº 125/10, o Judiciário pode assumir o papel de conciliador interinstitucional de conflitos previdenciários, indo além das práticas isoladas realizadas por juízes de localidades dispersas. A partir de um diálogo interinstitucional com o INSS, é possível, assim, avançar para uma melhora qualitativa, mitigando os efeitos da relação agente-principal e propiciando uma mudança estrutural no comportamento da autarquia. No entanto, ressaltou-se que o diálogo não deve implicar uma aproximação exagerada do Judiciário com o INSS ao ponto de comprometer a imparcialidade do conciliador, sendo necessário

⁵³⁵ *Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas...*, cit. p. 171.

⁵³⁶ Após tratar de sua proposta de aplicação da decisão informada partindo de uma escala móvel (*sliding-scale model*), Jacqueline Nolan-Haley afirma que a abordagem proposta promove uma maior justiça na conciliação, particularmente para partes que não possuem advogados. Ressalta, assim, que a justiça é o que importa no final do dia (“And fairness is what matters at the end of the day”), com o que se concorda com a autora (*Informed Consent in Mediation...*, cit. p. 840).

que também haja o respeito a um devido processo legal mínimo. Nesse contexto, além das tratativas interinstitucionais prévias à sessão, entende-se importante que se desenvolva uma atuação durante e após, de modo a estabelecer um canal de comunicação permanente que permita a participação também dos litigantes ocasionais. Esse canal de comunicação permanente poderia permitir, inclusive, o tratamento do conflito em um âmbito pré-processual e a abertura de um espaço para o enfrentamento das causas da litigiosidade.

Reconhece-se que o tema da atuação do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional foi ainda pouco explorado e nem poderia, nos limites deste trabalho, ser esgotado. No entanto, mesmo reconhecendo a natureza exploratória deste capítulo, acredita-se possível notar a importância de um diálogo interinstitucional em que o Judiciário, também como instituição, assuma o papel de conciliador, permitindo-se que haja um avanço qualitativo significativo nas conciliações de conflitos previdenciários com a intensificação e a permanência do diálogo.

CONCLUSÕES

“a maioria dos casos são mais bem tratados, em termos da qualidade mais elevada da justiça, por um acordo livremente negociado do que pelo julgamento mais belo que se possa presidir”

- Juiz Hubert L. Will⁵³⁷

Diante do modelo comumente adotado nas conciliações de conflitos previdenciários judicializados, em que há uma proposta de desconto nos valores atrasados do benefício em demanda que o INSS sabe que muito provavelmente irá perder, o objetivo do trabalho foi analisar o papel do conciliador no sentido de dar legitimidade à prática e viabilizar uma mudança de paradigma.

Confirmando as hipóteses lançadas no início do trabalho, podem ser apontadas as seguintes conclusões:

1. A conciliação, como mecanismo consensual de solução de controvérsias, não é em si mesma boa ou ruim, positiva ou negativa, remédio ou veneno. O que varia é o modo como a conciliação é empregada. Para que seu uso seja vantajoso, o que importa é que haja uma adequação entre o mecanismo e o conflito que se pretende tratar.

Desse modo, partindo-se do referencial teórico da *instrumentalidade metodológica*, o que importa é que o mecanismo processual possa dar respostas adequadas, não no sentido de simplesmente concretizar o direito material, mas também de responder aos ditames da realidade social em que inserido.

2. Nesse contexto, na análise do conflito previdenciário cabe perceber o notório desequilíbrio de poder (cultural, social e/ou econômico) entre o indivíduo e o INSS. Trata-se de um confronto entre um litigante ocasional (*one-shotter*) e um litigante habitual (*repeat player*). Esse desequilíbrio de poder, tido como presente na maioria dos casos, é o que define o conflito previdenciário.

⁵³⁷ Cf. RESNIK, Judith. *Mediating Preferences...*, cit. p. 156, em tradução livre.

3. Definida a conciliação como mecanismo de solução consensual de controvérsia em que o terceiro facilitador (conciliador) pode sugerir soluções para o litígio, é viável sua utilização para casos pontuais e objetivos, como costumam se apresentar os conflitos previdenciários. Isso pode gerar benefícios que vão desde o incentivo à celeridade processual até a possibilidade de maior comunicação por meio da aproximação das partes.

Para que o uso da conciliação seja legítimo, porém, é necessário que haja a devida adequação do meio às peculiaridades do conflito, o que significa tomar em consideração o desequilíbrio de poder existente e adaptar-se de maneira correspondente.

Além disso, a flexibilidade procedimental não deve representar ausência de qualquer forma, cabendo o respeito a um *devido processo legal mínimo*.

4. Assim sendo, seria possível, por meio da conciliação de conflitos previdenciários e valendo-se de conceitos como da *disponibilidade condicionada* e da *legalidade construída*, imaginar uma situação ideal em que INSS e indivíduo pudessem estabelecer uma comunicação produtiva, de modo que a Administração Pública optasse entre duas alternativas: a) o *reconhecimento da pretensão do autor*, em casos em que admitida anterior ilegalidade, em decorrência natural do princípio da autotutela; b) a *transação* (concessões recíprocas), quando ainda houvesse alguma incerteza, mas, na ponderação entre custos e benefícios, fosse possível concluir que o melhor seria propor um acordo.

A forma e o agente administrativo competente para a escolha variam conforme se trate de *matéria de direito* (em que a isonomia impõe uma decisão mais genérica) ou *matéria de fato* (em que as especificidades permitem uma solução voltada apenas para o caso concreto).

5. O juízo quanto à existência de incerteza, em última análise, cabe ao representante do INSS. Isso acaba por permitir a manutenção do modelo de renúncia de valores em atraso, mesmo em casos que a probabilidade de derrota do INSS é quase certa.

Dessa forma, ainda que insuficiente, o modelo corrente pode ser tido como legítimo. Para tanto, porém, é necessário que a decisão do indivíduo em aceitar o acordo seja informada, feita a partir de uma base adequada de poder. Do mesmo modo, a insuficiência do modelo impõe a busca por estratégias que permitam avançar rumo à mudança de paradigma.

6. O papel do conciliador de conflitos previdenciários, assim, é justamente o de zelar pela tomada uma decisão informada. As partes, especialmente o indivíduo, devem estar conscientes do que estão renunciando, em que medida a renúncia está ocorrendo e quais são as alternativas caso não aceitem o acordo.

7. Defende-se um conceito amplo de conciliador, caracterizando-o como o terceiro facilitador que atua na relação existente entre duas ou mais partes em conflito, de maneira a facilitar a comunicação entre elas e possibilitar eventual solução consensual que, embora não possua poder decisório direto, pode apresentar sugestões para o deslinde da controvérsia.

Esse posicionamento permite que sejam visualizadas três espécies de conciliador que se mostram especialmente importantes no tratamento do conflito previdenciário: o conciliador leigo individualmente considerado; o juiz conciliador e o Judiciário como conciliador interinstitucional.

8. Em todas as suas espécies, o conciliador está envolto com o dilema entre uma maior e menor aproximação das partes, isto é, entre a *ética do cuidado* e a *ética da imparcialidade*. A ideia de imparcialidade, tal como imposta ao juiz que toma uma decisão adjudicatória, é revista quando se trata do conciliador.

Apesar de a atuação variar de acordo com o caso concreto, entende-se que é possível traçar um parâmetro geral que permita ao conciliador a aproximação das partes ou a intervenção no conflito que as envolve, até a medida do necessário.

O necessário, dentro de uma linha que preza por uma estratégia minimalista que preserva o quanto possível a autonomia das partes, é justamente a garantia de um espaço em que a decisão tomada seja informada, ou seja, um local em que se respeite um devido processo legal mínimo que permita, ao menos no plano processual, a existência de uma base adequada de poder.

9. Essa base adequada de poder caracteriza-se como o conjunto de condições que, sob o viés processual, relacionam-se ao devido processo legal mínimo e possibilitam que as partes tomem uma decisão minimamente informada, ou seja, estejam conscientes do que estão eventualmente renunciando. Envolve, assim, não apenas o conhecimento de um conjunto de informações, mas também a existência de um procedimento em que as partes possam ser ouvidas e em que possam interferir no resultado, tendo o tempo adequado para reflexão e tomada de decisão, dentre outros fatores.

10. Para zelar pela garantia da base adequada de poder, o conciliador pode atuar de diversas maneiras. Pode, assim, ser tanto o *diretor da comunicação* entre as partes quanto o *organizador* do procedimento em que tal comunicação irá ocorrer. A ênfase em uma ou outra atividade irá depender da espécie de conciliador.

11. No tratamento de conflitos previdenciários, o conciliador leigo tem sua atuação preponderante durante a sessão de conciliação. Ainda assim, antes de iniciar a sessão, é

importante que ele seja previamente capacitado, bem como que procure criar um ambiente acolhedor para as partes e que realize uma análise prévia do conflito. Do mesmo modo, é importante que o conciliador leigo se atente para as vedações e impedimentos posteriores ao término da sessão.

Durante a sessão, nas diferentes fases do procedimento, a maior ou menor intervenção do conciliador leigo oscila entre dois limites: o dever de fornecer as informações procedimentais básicas e o dever de não ir além do oferecimento de sugestões.

12. Já o juiz conciliador, dada a flexibilidade procedimental dos mecanismos consensuais, é em geral responsável pelo desenho do procedimento conciliatório antes do início da sessão de conciliação. Nesse sentido, o uso da conciliação costuma ser inserido em uma estratégia de gerenciamento de processos. No entanto, é importante que nesse desenho procedimental não se dê exagerada ênfase à “eliminação” do acervo processual. Mais uma vez, é importante que haja a garantia de um devido processo legal mínimo que propicie a existência de uma base adequada de poder. Dessa forma, por exemplo, ainda que seja possível a adoção de pautas temáticas concentradas, cabe zelar para que haja um tempo suficiente para o indivíduo se inteirar do que está ocorrendo e tomar uma decisão consciente.

Por sua vez, durante a tentativa de conciliação, defende-se que a proximidade do juiz pode permitir uma rápida tomada de decisões secundárias aptas a facilitar a conciliação, como, por exemplo, o deferimento de pedidos de substabelecimento ou de habilitação. Além disso, por causa de sua autoridade formal, a participação ativa do juiz na aproximação das partes, desde que cautelosa e valendo-se de técnicas adequadas, pode contribuir para a formação da base adequada de poder no caso de conciliações de conflitos previdenciários. Não é adequado, porém, que o mesmo juiz participe da tentativa de conciliação e julgue a causa.

Após a sessão, caso existente o acordo, compete ao juiz realizar a homologação. Ao proferir sentença homologatória, o juiz realiza cognição, ainda que diversa daquela existente quando da tomada de uma decisão adjudicatória. Deve, portanto, verificar, na medida do possível, se o acordo foi tomado a partir de uma decisão informada. Além disso, no caso dos conflitos previdenciários, deve observar se houve o respeito à ordem pública.

13. No mais, dentro da Política Pública permanente de tratamento de conflitos consubstanciada pela Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, entende-se que se delineia o papel do Poder Judiciário como conciliador interinstitucional. Nesse papel, compete ao Judiciário, por meio de seus representantes, promover o diálogo entre

instituições, funcionando como *diretor da comunicação*. No caso dos conflitos previdenciários, isso significa reunir as reclamações e anseios dispersos dos indivíduos e transmiti-los ao INSS, sem, todavia, exercer o papel de advogado dos litigantes ocasionais.

Tal papel, embora mais notado na fase anterior às sessões, pode validamente obter subsídios daquilo que ocorre durante as tentativas de conciliação. Da mesma forma, considerando a importância de um canal permanente de comunicação, incentiva-se que também haja um diálogo interinstitucional posterior, de modo a avaliar os programas e possibilitar melhorias qualitativas.

Esse diálogo interinstitucional permanente pode permitir um avanço no tratamento dos conflitos antes que haja um processo formal, ou seja, no âmbito pré-processual, incentivando-se soluções consensuais na esfera administrativa. Além disso, é possível que se discutam as próprias causas da litigiosidade, adotando uma atuação preventiva – e não repressiva – do conflito.

14. Desse modo, comparando as três espécies de conciliador, observa-se que suas atuações em conflitos previdenciários são maiores ou menores conforme cada momento. Assim, o conciliador leigo atua, sobretudo, durante a sessão de conciliação. O juiz conciliador, ao ser responsável pelo desenho procedimental e pela homologação do acordo, possui atuação decisiva tanto antes como depois das sessões; defende-se ainda que sua atuação durante a tentativa de conciliação, embora menor, também pode ser necessária em situações de notório desequilíbrio de poder. O Judiciário como conciliador, por sua vez, atua marcadamente no diálogo interinstitucional prévio; todavia, defende-se um canal de comunicação permanente, em que a atuação posterior, na avaliação do ocorrido durante as sessões, também seja sentida.

15. No que tange às funções desempenhadas, nota-se que o conciliador leigo atua, sobretudo, na aproximação das partes. O juiz conciliador possui papel relevante como organizador e, assim, gestor, embora também tenha papel significativo em cada caso concreto, sobretudo no momento da homologação do acordo e eventualmente na tentativa de conciliação. Por fim, o Judiciário como conciliador interinstitucional pode ser visto como organizador, mas em um plano diverso do gestor de casos: é o delineador e o implementador de uma política pública, atuando como diretor da comunicação entre instituições.

16. Diante da atribuição do juízo de incerteza quanto à matéria de fato àquele que irá representar o INSS no caso concreto e diante da impossibilidade do estabelecimento de ausência de dúvida em relação à matéria de direito sem que haja uma definição uniforme

institucional, há maiores chances de modificação do paradigma quanto mais se aproxime do agente com melhores condições de representar o principal. Por isso, a modificação de paradigma mostra-se mais realizável no nível da conciliação interinstitucional, sobretudo nos patamares hierarquicamente superiores. No entanto, é importante que a mudança seja baseada nas informações e nas sugestões colhidas a partir da base.

17. Por tudo isso, tem-se que as atuações das diversas espécies de conciliador são integradas. É a atuação conjunta, assim, que pode permitir a garantia da tomada de decisão informada e o avanço qualitativo das conciliações de conflitos previdenciários. Trata-se de uma atuação dinâmica e coordenada. Em linhas gerais, o conciliador leigo pode valer-se das técnicas adequadas para aproximação das partes, o juiz conciliador pode traçar um desenho procedimental em que o devido processo legal mínimo seja mantido e o Judiciário como conciliador interinstitucional pode permitir que propostas diversificadas e mais vantajosas sejam apresentadas. No final, tudo isso pode contribuir para um acordo legítimo que gere maior satisfação das partes.

Sob essa nova perspectiva, retome-se o caso mencionado na introdução.

Um senhor com pouco mais de sessenta anos de idade comparece à sessão de conciliação com trajas simples, mãos calejadas dos anos de trabalho com a enxada e rosto castigado pelo sol. A única informação que possuía é que tinha entrado com um processo para, segundo suas próprias palavras, tentar “se encostar”. Começa a sessão, um jovem começa a falar: *“Boa tarde, senhor José. Meu nome é João e eu vou atuar como conciliador no processo que o senhor entrou contra o INSS. Isso quer dizer que eu vou tentar ajudar na comunicação, se necessário apresentando sugestões de acordo, mas não posso decidir nada. Essa outra pessoa que está presente é um procurador federal, ou seja, o responsável pela defesa do INSS. Fiquem à vontade, o senhor e o seu advogado, para conversarem entre si e com o procurador que representa o INSS. Temos o tempo que for necessário e, se começar a ficar tarde, podemos ver a possibilidade de remarcar a sessão. Estou à disposição para dúvidas e esclarecimentos. Da mesma forma, o juiz coordenador é aquele senhor que está circulando pelas mesas de conciliação. Se for necessário, podemos chamá-lo. Ele não será o juiz que irá julgar o caso do senhor, mas está aqui apenas para auxiliar na tentativa de conciliação. Alguma dúvida?”*

Como não havia dúvidas, a sessão continua com a fala do procurador federal, que, após a análise detida dos autos, faz algumas perguntas sobre a condição de trabalhador rural do autor, indagando, entre outras coisas, sobre a forma de trabalho na roça, sobre as pessoas com quem lidou, sobre as épocas de colheita. Vez ou outra o conciliador

interrompe, traduzindo o linguajar técnico em expressões mais simples e mostrando-se preocupado em garantir que o indivíduo compreenda o que está sendo questionado.

Após essas discussões, o procurador apresenta uma proposta de implantação do benefício de aposentadoria por idade rural, desde a data do requerimento no INSS, mas com renúncia de 10% dos valores em atraso. Salienta que o desconto era devido à insuficiência de provas materiais, pois só havia como documento a matrícula em colégio rural em que os pais do autor eram qualificados como lavradores. Afirma que nem sempre esse documento é aceito pelos tribunais, mas que, diante da pequena dúvida que restou após os questionamentos, entendia possível o acordo, desde que também houvesse alguma concessão pelo autor.

O conciliador confirma a jurisprudência citada, faz esclarecimentos sobre a legislação que fundamenta o reconhecimento de tempo rural, comenta de maneira objetiva os procedimentos seguintes em caso de acordo ou não acordo e apresenta as opções disponíveis.

Com o auxílio do advogado, o indivíduo entende que, diante do risco, era justo que cedesse parte dos atrasados. Aliás, segundo seu advogado, o valor era adequado com o definido em reunião entre o INSS e representantes do Judiciário, cuja ata foi disponibilizada para consulta antes da sessão. Satisfeito, o autor aceita o acordo, que é de imediato homologado pelo juiz.

O exemplo, embora esquemático e caricatural, permite observar como a conciliação com o INSS poderia ser feita em geral.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal**. Atualizado em 1º jun. 2012. Disponível em: <http://migre.me/m21nU>. Acesso em: 30 set. 2014.

_____. **Manual de Conciliação. Procuradoria Federal Especializada-INSS**. Versão revisada até 28 jul. 2009. Disponível em: <http://migre.me/kwCbN>. Acesso em: 18 jul. 2014.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: a Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais**. São Paulo. Quartier Latin, 2009.

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. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

AZEVEDO, André Gomma. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11-29.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. A importância dos juizados para a democratização do acesso à Justiça. **Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009: módulo 6**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2009.

_____. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo, Saraiva, 2012.

BATISTA, Flávio Roberto. Questões problemáticas sobre a transação com o INSS nos Juizados Especiais Federais: eficiência administrativa e acesso à justiça. In: SERAU, Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais: Reflexões nos Dez Anos de Sua Instalação**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 97-113.

BAYLIS, Claire; CARROLL, Robyn. Power issues in mediation. **ADR Bulletin**, vol.7, nº 8, 2005, p. 133-138.

BEER, Jennifer E.; PACKARD, Caroline C. (with Elieen Stief). **The Mediator's Handbook**. 4 ed. Gabriola Island: New Society Publishers, 2012.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIGOLIN, Giovani. O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários. In: ROCHA, Daniel Machado da (org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49-72.

BRANDÃO, Marcella Araujo da Nova. **A Consensualidade e a Administração Pública em Juízo**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em: <http://migre.me/mJbxT>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. A Possibilidade do Uso de Métodos Consensuais para Solução de Conflitos Envolvendo Servidores Públicos Federais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 425-441.

BRASIL. **Estudo Sobre as Execuções Fiscais no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

BRAZIL, Wayne D. Settling Civil Cases: What Lawyers Want From Judges: The results of this JAD-sponsored survey will surprise you. 23 **Judges' Journal**, 1984, p. 14-19.

BUSH, Robert. A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict**. Revised Edition. São Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CALMON, Eliana. A Conciliação Judicial na Justiça Federal. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 107-114.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os tribunais e o sistema jurídico. In: **Direito e Diferenciação Social**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79-90.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores ?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.74, ano 19, abr./jun.1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CLARK, Bryan. **Lawyers and Mediation**. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cem maiores litigantes – 2011**. Disponível em: <http://migre.me/kyAiY>. Acesso em: 20 jul.2014.

_____. **Cem maiores litigantes – 2012**. Disponível em: <http://migre.me/kyAln>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CRESPO, Mariana Hernández. A systemic perspective on ADR in Latin America: enhancing the shadow of the Law through citizen participation. 10 **Cardozo Journal of Conflict Resolution** 91, 2008, p.92-129.

CRUZ, Marcelo Cavaletti de Souza. Acordos em juízo em matéria de benefícios previdenciários. In: LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (coord.) **Prática Previdenciária: a Defesa do INSS em juízo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 703-719.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49-62.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira, com revisão de Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação – Vol.3**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 29-98.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FACCI, Lucio Picanço. Conciliação no Direito Processual Público: Novos Paradigmas e a Experiência Recente da Advocacia-Geral da União. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, número 106, jan. 2012, p. 88-98.

FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: Desenho de Sistemas de Disputas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2012, p. 257-274.

_____. Desenho de Sistemas de Disputas no Contexto da Justiça Federal: Uma Introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 229-251.

FALECK, Diego; FONTES, Marcus; FONTES, Max; DUZERT, Yann. Nova arquitetura institucional no sistema de disputas do Brasil: Câmara de Indenização TAM 3054. In: ARROW, Kenneth J.; MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee; TVERSKY, Amos; WILSON, Robert B.; DUZERT, Yann (coord.). **Barreiras para Resolução de Conflitos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350-357.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. Contra o Acordo. In: FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade**. Coordenação da Tradução de Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-145.

FONSECA, Gabriela Koetz da Fonseca; ASSUNÇÃO, Maria Carolina Rosa de Assunção. **Conciliação Administrativa – CONCILIAD**. Inscrição para a Edição X – 2013, do Prêmio Inovare. Disponível em: <http://migre.me/kymez>. Acesso em: 18 abr. 2014.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33-41.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenhos de Sistemas e Mecanismos Consensuais de Conflitos na Justiça Federal: Uma Introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 3-33.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-34.

GALANTER, Marc . Farther Along. **Law & Society Review**, v. 33, n.4, 1999, p. 1113-1123.

_____. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. **Denver University Law Review**, vol. 66, n.3, 1989, p.xi-xiv.

_____. The emergence of the judge as a mediator in civil cases. **Judicature**. Volume 69, n. 5, fev./mar. 1986, p.257-262.

_____. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. **Law & Society Review**, 1974, vol. 9, nº 1, p. 95-160.

GARCIA, Silvio Marques. A Solução de Demandas Previdenciárias nos Juizados Especiais Federais por meio da Conciliação. In: SERAU, Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais: Reflexões nos Dez Anos de Sua Instalação**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 201-220.

GAYNIER Lisa Parola. In Search of a Theory of Practice: What does Gestalt Have to Offer the Field of Mediation. **Gestalt Review**, vol. 7, nº 3, 2003, p. 180-197.

GIANNATASIO, Arthur Roberto Capella; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Estudo de Caso em Previdenciário. In: GABBAY, Daniela

Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. **Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma Análise Empírica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53-103.

GOLDBERG, Stephen B. ; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes**. 5 ed. New York: Aspen, 2007.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRILLO, Trina. The Mediation Alternative: process dangers for women. **Yale Law Journal**, vol.100, April, 1991, p.1545-1610.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei n.7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-5.

_____. Prefácio. In: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n.125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012,p.VII-IX.

GUERRERO, Luís Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. (v.2009.3). Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

_____. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisa Judiciária, 2011.

KOVACH, Kimberlee K. Mediation. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, p. 304-317.

_____. **Mediation in a Nutshell**. 2 ed. St. Paul: West, 2010.

LEAL, Lucas Pedroso Fernandes Ferreira; MILAGRES, Antonio. A importância do laudo pericial médico na formação do entendimento do juízo: análise de casos de suposta má prática médica em cirurgia geral. **Revista Saúde, Ética & Justiça**. São Paulo: Instituto Oscar Freire da FMUSP, vol. 17, 2012, p. 82-90.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Capacitação de conciliadores e mediadores. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 7-22.

_____. Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. **Mediação no Judiciário: Teoria na Prática e Prática na Teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 283-320.

_____. **Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n.125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo-FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.126, ago.2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict**. 2ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2012.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems?: Repeat Players in ADR. 15 **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, 19 1999-2000, p. 19-61.

MOORE, Christopher W. **The Mediation Process: practical strategies for resolving conflict**. 3ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida Durante a Gestão Inicial do CNJ). In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHIA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73-84.

MORAES, Maria Isabel Cueva. **Políticas Públicas e Meios Não Adversariais de Resolução de Conflitos: Política Judiciária Nacional da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e a Justiça do Trabalho**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MOSTEN, Forrest S. Comments on Case 4.2., In: WALDMAN, Ellen (ed.). **Mediation Ethics: cases and commentaries**. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 103-106.

NASCIMENTO, Danilo Moreira. **Central da Conciliação: autocomposição como forma de defesa inteligente do INSS e de promoção da cidadania. Uma visão transformadora da Advocacia Pública Federal**. Inscrição para a Edição IX – 2012, do Prêmio Inovare. Disponível em: <http://migre.me/mJo96>. Acesso em: 28 out. 2014.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, p. 251-260.

NOLAN-HALEY, Jacqueline. Comments on Cases 5.3 and 5.4. In: WALDMAN, Ellen (ed.). **Mediation Ethics: cases and commentaries**. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 146-151.

_____. Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking. **Notre Dame Law Review**, vol. 74, issue 3, 1999, p. 775-840.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PELUZO, Antonio Cezar. Apresentação. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. XI-XII.

PEPPET, Scott R. Six Principles for Using Negotiating Agents to Maximum Advantage. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert (ed.). **The Handbook of Dispute Resolution**. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 189-201.

PINTO, Joaquim Eurípedes Alves. **Inversões processuais agilizadoras: resultado de uma “parceria” da Justiça Federal com a Procuradoria do INSS**. Inscrição para a Edição VI – 2009, do Prêmio Inovare. Disponível em: <http://migre.me/mJoce>. Acesso em: 28 out. 2014

PONCE SOLÉ, Juli. Procedimiento administrativo, globalización y buena administración. In: PONCE SOLÉ, Juli (Coord.). **Derecho Administrativo Global: organización, procedimiento, control judicial**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, Inap, 2010, p. 79-98.

PÖNTI, Franc. **Los Caminhos de la Negociación: personas, estratégias y técnicas**. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Granica, 2007.

RESNIK, Judith. Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement. **Journal of Dispute Resolution**, 155, 2002, p. 155-169.

RICHA, Morgana de Almeida. Evolução da Semana Nacional de Conciliação como Consolidação de um Movimento Nacional Permanente da Justiça Brasileira. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 61-72.

ROCHA, Eliana Pires. **A Conciliação no Direito Processual Civil (Efeitos Processuais)**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

RODRIGUES, Igor Fonseca. Análise Econômica da Conciliação Previdenciária. **Revista Virtual da AGU**. Brasília: Advocacia-Geral da União, a. X, n. 105, 2010. Disponível em: <http://migre.me/kMp7l>. Acesso em: 03 ago. 2014.

RUBIN, Fernando. A Composição do Litígio via Acordo Judicial no Processo Previdenciário. **Revista Dialética de Direito Processual**. Número 134. São Paulo: Dialética, maio/2014, p. 34-40.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANDER, Frank E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert (ed.). **The Handbook of Dispute Resolution**. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 386-406.

SANTANA, Daldice; MAIOLINO, Eurico Zecchin (Coord.). **Manual da Conciliação da Justiça Federal da Terceira Região**. São Paulo: Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 2013. Disponível em: <http://migre.me/ng7RA>. Acesso em: 05 jun.2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SAVARIS, José Antonio. Coisa Julgada Previdenciária como Concretização do Direito Constitucional a um Processo Justo. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, número 1, fev./mar. 2011, p. 65-85.

_____. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2009.

SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flavia da Silva. **Sistema de Conciliação Pré-Processual – SICOPP**. Inscrição para a Edição VI – 2009, do Prêmio Innovare. Disponível em: <http://migre.me/mQB6R>. Acesso em: 15 nov.2014.

SENA, Adriana Goulart de. A Conciliação Judicial Trabalhista em uma Política Pública de Tratamento Adequado e Efetivo de Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense.

SERAU JR., Marco Aurélio. **Curso de Processo Judicial Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

SEUL, Jeffreu R. Litigation as a Dispute Resolution Alternative. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert (ed.). **The Handbook of Dispute Resolution**. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 336-357.

SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e. **Juizados Especiais Federais Cíveis: Competência e Conciliação**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, Carla Cristina Guimarães Trovão; SILVA, Mariana Moreira e; CAMPOS, Vitor Pierantoni. Transação: Matéria de Fato e Matéria de Direito nos Juizados Especiais Federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65-78.

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Mediação e Conciliação, Produtividade e Qualidade. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXIV, nº 23, ago. 2014, p. 40-46.

_____. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2012, p. 1-25.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios Consensuais de Solução de Conflitos envolvendo Entes Públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

_____. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 199-207.

SPALDING, Mauro; TAKAHASHI, Bruno. **Técnica de aceleração e efetividade de processos de benefícios por incapacidade administrados pelo INSS: a prática adotada na Vara Federal de Jacarezinho/PR**. Disponível em: <http://migre.me/mJoNb>. Acesso em: 18 abr. 2014.

SURGIK, Aloísio. **A Origem da Conciliação**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1984.

TAKAHASHI, Bruno. Dilemas Éticos de um Conciliador. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 123, 2014, p. 62-69.

_____. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 60, jun. 2014. Disponível em: <http://migre.me/noZpo>. Acesso em: 09 dez. 2014.

_____. A Súmula 111 do STJ e a Divergência entre Advogado e seu Cliente. In: SERAU JR., Marco Aurélio. (Org.). **Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STJ**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 157-168.

TAKAHASHI, Bruno; VAZ, Paulo Afonso Brum. Barreiras da Conciliação na Seguridade Social e a Política de Tratamento dos Conflitos. **Revista CEJ**, v. 55. Brasília: CEJ, 2011, p. 46-56.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, número 128, out. 2005, p. 59-77.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em Juízo: o que (não) é conciliar. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2012, p. 149-178.

_____. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método, 2008.

_____. Técnicas de mediação. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-57.

THEODORO JR, Humberto. Homologação de sentença estrangeira. Ofensa à ordem pública. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v.88, ano XXVI, nov. 2006, p. 75-86.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **II Semana de Conciliação em Matéria Previdenciária da Justiça Federal em Itapeva**. Disponível em: <http://migre.me/mQvvy>. Acesso em: 15 nov. 2014

_____. **CECON de Presidente Prudente realiza semana de audiências de conciliação de 25 a 29 de novembro**. Disponível em: <http://migre.me/mJpHx>. Acesso em: 09 nov. 2014.

_____. **CECON-SP realiza audiências de conciliação com processos do JEF-SP**. Disponível em: <http://migre.me/mQvF7>. Acesso em: 15 nov.2014.

_____. **Justiça Federal de Itapeva divulga o resultado de conciliações realizadas em outubro**. Disponível em: <http://migre.me/ng8FR>. Acesso em: 05 jul.2014.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 43, ago. 2011. Disponível em: <http://migre.me/loVWk>. Acesso em: 01 set. 2014.

_____. O Microsistema dos Juizados Especiais Federais Cíveis (JEFs) e a (Re)afirmação do Modelo de Justiça Consensual pela Introdução da Fase Pré-Litigiosa Autocompositiva nas suas Estruturas Comunicativas. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 333-358.

VVAA. **Código De Processo Civil Comparados**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDMAN, Ellen (ed.). **Mediation Ethics: cases and commentaries**. San Francisco: Jossey-Bass, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6-10.

YAMADA, Aya. ADR in Japan: Does the New Law Liberalize ADR from Historical Shackles or Legalize it? **2 Contemp. Asia Arb. J.** 2009, p. 1-23.

ZAMIR, Ronit. The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**. Vol.11, 2010-2011, p. 467-517.

ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, Mediação, Conciliação, Facilitação Assistida, Prevenção, Gestão de Crises nos Sistemas e Suas Técnicas**. São Paulo: LTr, 2012.

ANEXO: TERMO DE ACORDO PADRONIZADO

TERMO Nr: X

PROCESSO Nr: X AUTUADO EM 08/03/2013

ASSUNTO: 040101 - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (ART. 42/7)

CLASSE: 1 - PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

AUTOR: X

ADVOGADO(A)/ DEFENSOR(A) PÚBLICO(A): SP999999 - SEM ADVOGADO

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - I.N.S.S. (PREVID)

PROCURADOR(A)/ REPRESENTANTE: X

CONCILIADOR(A): X

DISTRIBUIÇÃO POR SORTEIO EM 08/03/2013 10:57:58

TERMO DE CONCILIAÇÃO

DATA: 14/08/2013

(...)

Aos 14 de agosto de 2013, na Central de Conciliação da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, na presença do(a) Conciliador(a) X designado(a) para o ato, compareceram o(a) AUTOR e seu/ sua representante/ advogado(a), bem como o(a) RÉU, representado por seu PROCURADOR FEDERAL.

Aberta a audiência referente ao processo acima indicado, o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL oferece a proposta de conciliação acostada aos autos, com o seguinte teor:

a) A concessão de aposentadoria por invalidez desde 24/04/2013, data da realização da perícia médica judicial.

b) Pagamento de 80% dos valores atrasados, desde então e até 30/04/2013, e DIP – data de início de pagamento administrativo - em 01/05/2013, COMPENSANDO-SE COM OS VALORES RECEBIDOS EM RAZÃO DO AUXÍLIO DOENÇA NB X (DIB 24/03/2008 – ATIVO), bem como outras eventuais parcelas pagas administrativamente, a serem apurados pela Contadoria, na forma da Lei nº 10.259/01, observando-se sempre o valor-teto dos Juizados Especiais Federais. A partir da edição da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, juros de mora e correção monetária deverão ser aplicados nos termos preconizados pelo art. 1-F da Lei 9.494/97.

c) Renúncia, pela parte autora, quanto a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação.

- d) Possibilidade de correção de eventuais erros materiais, bem como desconto administrativo de valores eventualmente recebidos em duplicidade, a qualquer tempo.
- e) Fica o INSS autorizado a proceder a reavaliação da parte autora, por perícia médica a ser realizada em uma de suas agências.
- f) O não-comparecimento da parte autora à perícia a ser designada pelo INSS acarretará o cancelamento do benefício automaticamente, independentemente de prévia manifestação da parte.
- g) Na eventualidade de a parte autora estar recebendo outro benefício da Previdência Social que seja inacumulável com o presente, nos termos do art. 124 da Lei n. 8.213/91 e artigo 20, § 4º, da Lei n. 8.742/93, fica a Autarquia autorizada a cessar o benefício economicamente menos vantajoso.

Consigne-se, ainda, que a proposta ora formulada não implica em reconhecimento da procedência do pedido, nem em desistência de eventual recurso caso não seja aceito o acordo pela parte contrária.

A parte autora aceita a proposta oferecida pelo INSS, renunciando a qualquer outra ação que tenha por objeto cobrar valores atrasados referentes ao benefício objeto da presente ação, além daqueles que foram objeto do presente acordo, bem como os relativos ao mesmo pedido e mesma causa de pedir, inclusive eventuais danos morais e materiais ou para requerer a repetição de contribuições previdenciárias recolhidas nas competências após a DIB fixada nesse acordo. Ademais, caso venha a receber benefício incompatível com este, a parte autora concorda com a cessação do benefício de menor valor.

Pelo INSS é consignado que a implantação do benefício previdenciário é condicionada e será de até 10 (dez) dias a partir da decisão homologatória deste acordo.

As partes dão-se por conciliadas, aceitam e comprometem-se a cumprir os termos acima acordados, requerendo sua homologação ao(à) MM. Juiz(íza) Federal designado(a).

Cientes da lavratura do presente termo em audiência, as partes desistem do prazo para ciência ou impugnação quanto à decisão homologatória.

Pelo(a) Conciliador(a) foi consignado: "Recepciono o acordo subscrito pelas partes, que estão desde já notificadas da decisão, cuja homologação ficará a cargo do(a) Magistrado(a) designado para este ato". Nada mais.

É consignado pelas partes o tópico síntese para oportuna implantação do benefício previdenciário a seguir:

SÚMULA

PROCESSO: X

AUTOR: X

ASSUNTO : 040101 - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (ART.42/7)

CPF: X
NOME DA MÃE: X
Nº do PIS/PASEP:
ENDEREÇO: X
ESPÉCIE DO NB: CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (32)
DIB: 24/04/2013
DIP: 01/05/2013
RMI: R\$ 678,00
RMA: R\$ 678,00
DATA DO CÁLCULO: 07/2013
(...)

*** Observações:**

Este é um dos termos utilizados nas diversas sessões de conciliação em processos relativos a benefícios previdenciários por incapacidade de competência do Juizado Especial Federal que foram realizadas entre 12 a 15 de agosto de 2013, na Central de Conciliação da Justiça Federal em São Paulo.⁵³⁸

Da simples leitura do termo são observadas uma série de referências a conceitos de difícil compreensão mesmo para pessoas com formação jurídica. Ainda que se tenha uma preocupação de deixar o texto objetivo e claro, é de se notar, especialmente na *Súmula*, o uso de termos técnicos e de siglas pouco divulgadas. De fato, a *Súmula* reúne as informações do que também se chama de *tópico-síntese*, sendo o conjunto resumido das informações necessárias para implantação do benefício. O necessário resumo, todavia, pode fazer com que haja uma incompreensão das partes.

⁵³⁸ De acordo com o procedimento então adotado, nos casos de processos relativos a benefícios previdenciários por incapacidade e em que já houvesse petição do INSS com proposta de acordo por escrito, os autos virtuais eram eletronicamente remetidos do Juizado Especial Federal de 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo para a Central de Conciliação da mesma Subseção. Eram então designadas sessões de conciliação, em que presentes os requerentes, o procurador federal representando o INSS, conciliadores e juízes supervisores. Entre os dias 12 e 15 de agosto de 2013, foram designadas conciliações referentes a 158 processos. As sessões tinham um intervalo de uma hora entre uma e outra, sendo pautados 8 processos em cada horário para serem distribuídos em mesas em que simultaneamente ocorriam as tentativas de conciliação. Em caso de acordo, o conciliador lavrava o termo e posteriormente o processo era remetido de volta ao Juizado Especial Federal para sentença de homologação. O termo citado é referente ao processo 0012103-75.2013.4.03.6301, sendo omitidos os dados pessoais que pudessem identificar os participantes. O acordo fora realizado em 14/08/2013, com posterior homologação pelo juiz da causa em 20/08/2013, conforme andamento processual disponível em: <http://migre.me/maBle>. Acesso em: 18 abr. 2014. Tem-se conhecimento de que termos padronizados semelhantes foram utilizados no decorrer do ano de 2013.

Note-se ainda que não havia a presença de advogado, como se observa do cabeçalho, situação comum em conflitos previdenciários que tramitam nos Juizados Especiais Federais.

É visível também que as consequências da aceitação do acordo são grandes: há renúncia *“a qualquer outra ação que tenha por objeto cobrar valores atrasados referentes ao benefício objeto da presente ação, além daqueles que foram objeto do presente acordo, bem como os relativos ao mesmo pedido e mesma causa de pedir, inclusive eventuais danos morais e materiais ou para requerer a repetição de contribuições previdenciárias recolhidas nas competências após a DIB fixada nesse acordo”* e, *“caso venha a receber benefício incompatível com este, a parte autora concorda com a cessação do benefício de menor valor”*. Essa gravidade das consequências impõe, mais uma vez, o adequado esclarecimento das partes.