

André Luís Bergamaschi

Mestre e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), com concentração na área de Direito Processual Civil; Professor de Metodologia Jurídica e Direito Processual Civil na Escola Paulista de Direito (EPD); Professor Orientador da Pós-Graduação em Processo Civil da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Pós GVlaw); Advogado em São Paulo.

Fernanda Tartuce

Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), com concentração na área de Direito Processual Civil; Professora do Programa de Doutorado e Mestrado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); Coordenadora e Professora em Cursos de Especialização na Escola Paulista de Direito (EPD); Professora em Cursos de Pós-Graduação e Extensão em diversas instituições; Advogada e Mediadora em São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo localizar as previsões legais no Novo CPC e na Lei de Mediação que possam impactar a forma como a solução consensual é praticada no âmbito de demandas previdenciárias e, diante desse cenário mais complexo de desenvolvimento dos meios consensuais, promover reflexão sobre o papel do terceiro imparcial nas sessões consensuais no âmbito previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Previdenciárias. Conciliação. Mediação. Novo CPC. Lei da Mediação. Lei nº 13.140/2015.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Aspectos Processuais da Conciliação e da Mediação no Novo CPC e na Lei nº 13.140/2015: Impacto sobre as Ações Previdenciárias; 2.1 Diferentes Campos de Incidência do CPC/2015 e da Lei nº 13.140/2015; 2.2 Realização da Sessão Consensual Antes da Apresentação da Defesa; 2.3 Obrigatoriedade da Realização da Audiência Consensual; 2.4 Sessão Consensual Realizada por Conciliador ou Mediador Auxiliar em Vez de Juiz. 3 Princípios Orientadores da Mediação e da Conciliação no Novo CPC e na Lei de Mediação. 4 Particularidades da Conciliação Envolvendo os Órgãos Previdenciários; 4.1 A Existência de "Disputas Repetitivas"; 4.2 A Existência de um Ator Institucional, Pertencente à Administração Pública, Representado por Pessoa Atada a Normas Externas; 4.2.1 Necessidade de Autorização Legal; 4.2.2 Vinculação às Prescrições Legais; 4.2.3 Dever de Assegurar a Isonomia; 4.2.4 Sistema de Pagamentos por Precatórios; 4.3 É Possível Falar em "Mediação" Envolvendo o Ente Previdenciário?; 4.4 O Notável Desequilíbrio de Forças. 5 A Função do Conciliador na Mediação Previdenciária: Zelar pela Busca da Isonomia e da Decisão Informada; 5.1 Zelo pela Isonomia e pela Decisão Informada; 5.2 O Conciliador e seu Papel Institucional. 6 Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

32. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

1 Introdução

A mediação e a conciliação são objeto de grande destaque no sistema processual integrado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Se no passado os meios consensuais eram vistos como vias marginais e complementares ao sistema adjudicatório, pode-se afirmar que nos últimos tempos eles passaram a exercer um papel central na solução de conflitos.

A Lei de Mediação forma com o Novo CPC um sistema disciplinador da autocomposição. Ainda que o processo legislativo não tenha sido conduzido de forma harmônica em relação aos conteúdos - o que enseja conflitos normativos que deverão ser resolvidos (DUARTE, 2015) -, o caráter complementar e dialógico das normas, verificado após a aprovação das leis e fruto de interpretação, é inquestionável.

O fenômeno observado é expresso pela disciplina detalhada do procedimento consensual (*vide* art. 334 do NCPC e arts. 21 e 27 da Lei de Mediação), por um arcabouço de normas mínimas sobre o procedimento de realização da

mediação (como no art. 28 da Lei nº 13.140/2015) e pelo maior detalhamento das possibilidades e dos limites da atuação do terceiro imparcial (*vide* art. 166 do Novo CPC e art. 19 da Lei de Mediação).

A expressão mais evidente da preferência que o novo sistema dá aos meios consensuais pode ser identificada em duas previsões: 1) na menção *principiológica* e diretiva indicada entre as normas fundamentais do Novo CPC [1](#); 2) no posicionamento da sessão consensual no início do processo, antes mesmo da apresentação da defesa, como etapa obrigatória aplicada indistintamente em qualquer feito. Tal obrigatoriedade, no entanto, pode ser considerada branda, já que se dá dentro de certos limites e, não sem razão, enfrenta resistência por parte da doutrina especializada [2](#).

33. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Nas ações previdenciárias, a conciliação é prática já sedimentada nas causas submetidas aos Juizados Especiais Federais - órgão absolutamente competente para causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos -, nos quais o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) é certamente o maior litigante [3](#).

No procedimento da Lei nº 10.259/01, é prevista a citação do réu para comparecimento direto à audiência de conciliação (art. 9º). Na época da edição de tal norma, é forçoso reconhecer, a conciliação ainda era reconhecida como um simples momento de realização de acordo, muito identificado, inclusive, com as negociações travadas no âmbito da Justiça do Trabalho. Mais que isso, a conciliação judicial padecia, em muitas experiências na Justiça brasileira, de práticas enviesadas marcadas pela falta de técnica e por atitudes coercitivas (TARTUCE, 2015a, p. 524)

Vale destacar, porém, que já um pouco antes, nos anos 1990, a mediação começou a ser estudada no país com esmero graças a contribuições doutrinárias e ao especial interesse despertado na comunidade jurídica por princípios, técnicas e procedimento consensuais; ao ponto, a mediação começou a ser tratada de forma diversa da conciliação no Brasil (FALECK; TARTUCE, 2014, p. 181). O termo ganhou significado próprio e foi destacado das práticas conciliatórias até então observadas no Poder Judiciário. A mediação passou a ser identificada como um meio consensual pautado por maior tecnicidade, sendo mais calçado em determinados valores e mais consciente sobre os efeitos da adequada abordagem consensual de conflitos.

A conciliação judicial foi afetada positivamente pelo conjunto de conhecimentos desenvolvidos no âmbito do estudo da mediação, o que também favoreceu o aprimoramento dessa prática. De fato, houve a partir dos anos 2000 a busca de uma melhoria qualitativa na conciliação judicial, inclusive com necessária capacitação dos condutores do método (SILVA, 2012, p. 161). Prova disso é a Resolução nº 125/2010 do CNJ, diploma infralegal que, por anos, foi o único marco normativo no assunto e traz em seu bojo normas que expressam a evolução da compreensão sobre a complexidade dos meios consensuais de composição de conflitos e a relevante capacitação de mediadores e conciliadores.

34. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

As recentes Leis (CPC/2015 e Lei de Mediação) reconhecem a evolução do tema: princípios da mediação e da conciliação foram trazidos em ambos os diplomas, o uso das técnicas de negociação é previsto como instrumento para a composição e as preocupações com o sigilo das informações tomam corpo normativo, entre outras previsões relevantes.

O presente artigo tem dois objetivos: o primeiro é localizar as previsões legais no Novo CPC e na Lei de Mediação que possam impactar a forma como a solução consensual é praticada no âmbito de demandas previdenciárias; o segundo é, diante desse cenário mais complexo de desenvolvimento dos meios consensuais, promover reflexão sobre o papel do terceiro imparcial nas sessões consensuais no âmbito previdenciário.

2 Aspectos Processuais da Conciliação e da Mediação no Novo CPC e na Lei nº 13.140/2015: Impacto sobre as Ações Previdenciárias

Este tópico se destina à identificação das principais normas processuais sobre conciliação e mediação trazidas pelo Novo CPC e pela Lei de Mediação que podem impactar a prática consensual nas ações previdenciárias.

2.1 Diferentes Campos de Incidência do CPC/2015 e da Lei nº 13.140/2015

Importa deixar claro, inicialmente, que os dois diplomas possuem campos de incidência diversos: enquanto o Novo CPC regula a mediação e a conciliação exercidas exclusivamente no âmbito judicial, a Lei de Mediação exclui, a princípio, a conciliação e regula a mediação nos âmbitos judicial e extrajudicial.

Além da diferença histórica entre mediação e conciliação - a conciliação era identificada com práticas ligadas a acordos na Justiça, enquanto a mediação foi introduzida depois em nossa cultura jurídica com foco maior no resgate da comunicação -, há intensa discussão acadêmica sobre se há ou não diferença ontológica entre as duas figuras [4](#).

35. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

De qualquer forma, o CPC/2015 trouxe diferenciação normativa entre as duas figuras. A mediação é aplicada preferencialmente nos casos em que há vínculo prévio entre as partes, sendo seu objetivo restabelecer a comunicação entre elas e permitir-lhes que cheguem por si próprias a soluções consensuais que gerem benefícios mútuos [5](#); já a conciliação servirá preferencialmente para casos sem vínculo prévio entre as pessoas, sendo permitido ao conciliador sugerir soluções para o litígio [6](#).

Por mais que seja controversa a diferenciação, importa, para o primeiro objetivo do presente artigo, distinguir as duas figuras para fins de aplicação das normas contidas nas novas Leis.

Uma premissa importante para o presente trabalho é que, como a Lei de Mediação é, em muitos pontos, mais específica e detalhada que o Novo CPC, ela deve ser lida também com o intuito de identificar regras que, por analogia, sejam aplicadas à conciliação judicial. Como exemplo, a Lei de Mediação traz regras muito claras sobre a confidencialidade (arts. 30 e 31); não havendo regras a respeito no CPC/2015, estas devem igualmente se aplicar à conciliação judicial.

Outras regras revelam autêntico conflito de normas: enquanto no CPC/2015 a audiência consensual, inclusive de mediação, não acontecerá se ambas as partes discordarem de sua realização, na Lei de Mediação não é prevista tal exceção (art. 27). Embora cabível a interpretação de que ela será obrigatória em qualquer hipótese, à luz da autonomia da vontade (princípio expresso em ambas as leis) é possível sustentar que o juiz deverá realizar um filtro adequado para definir se será ou não designada a sessão a depender da opção expressa pelas partes.

Na sequência, serão destacadas as regras que mais poderão impactar no processo previdenciário.

2.2 Realização da Sessão Consensual Antes da Apresentação da Defesa

Uma regra presente no Novo CPC (art. 334, *caput*), reproduzida também pela Lei de Mediação (art. 27), determina que, estando em ordem a petição inicial e não sendo caso de improcedência liminar do pedido, seja designada audiência de conciliação ou mediação.

36. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

O uso da via consensual poderá se estender por mais de uma sessão, não podendo exceder mais de dois meses contados a partir da primeira sessão (art. 334, § 2º). No caso da mediação judicial, a Lei de Mediação trouxe previsão específica que permite que as partes, por comum acordo, requeiram sua prorrogação por mais de 60 dias.

Quando ocorrer a mediação e a conciliação e estas forem reputadas infrutíferas - assim entendidas nos casos em que não for obtida a autocomposição [7](#) -, começará a fluir o prazo para a oferta da resposta pelo réu (art. 355, *caput*, do Novo CPC).

Pode-se entender que as previsões em comento se aplicam às causas envolvendo os órgãos previdenciários, sem ressalvas. A prática que, como já dito, é comum nos Juizados Especiais Federais, deverá ser expandida para as causas previdenciárias que tramitem nas Varas comuns da Justiça Federal e para as Varas da Justiça Estadual que atuem em demandas previdenciárias por competência delegada ou por competência originária nos casos de entes previdenciários estaduais ou municipais.

Aqui, contudo, é necessário abrir parênteses: o envolvimento de um órgão previdenciário - normalmente um ator institucional "megalitigante" regido por normas de Direito Administrativo, com representantes atados a um emaranhado complexo de normas e a um sistema de competências rígido - enseja certamente uma abordagem diferente dos meios consensuais. E isso repercute não apenas na conduta do terceiro imparcial - um dos objetos centrais deste artigo que será tratado mais à frente - como também na conduta do representante do ente previdenciário.

Deve-se ter em mente que a maior parte das demandas previdenciárias movidas pelos segurados se destina a rever decisões de indeferimento de benefícios na via administrativa ou simplesmente obter o benefício diretamente na via judicial, nos casos em que o segurado sabe de antemão que o órgão previdenciário tem entendimento que lhe é desfavorável.

O momento da realização da audiência consensual - anteriormente à apresentação da defesa - pode ser muito bem aproveitado pelo ente público para racionalizar sua litigância e refletir criticamente sobre a conduta do ente previdenciário e a medida correta que pode ser tomada: se deve resistir, reconhecer o direito ou, ainda, formular uma proposta de acordo.

Aponta-se na literatura que o desenvolvimento de um sistema consensual no âmbito das demandas previdenciárias encontra dificuldades estruturais que são consequência do aumento da carga de trabalho das procuradorias incumbidas da defesa dos órgãos públicos. Relata-se que a tarefa de avaliação da possibilidade de acordo demanda uma análise aprofundada do caso, tendo em vista a responsabilidade relacionada à concessão de um benefício anteriormente indeferido na via administrativa (GARCIA, 2014, p. 299).

A obrigatoriedade da realização da sessão consensual demandará que as procuradorias adaptem sua estrutura de modo a viabilizar a análise mais aprofundada dos casos em discussão.

Tal exame pode resultar na conclusão de que a pretensão é legítima e que, portanto, não se deve resistir. A prática, além de poupar tempo e recursos do órgão previdenciário, pode contribuir para que se passe a adotar iniciativas pautadas por maiores reflexões do representante do ente público sobre como lidar com as demandas ⁸. Tal postura, ademais, efetiva direitos previdenciários já previstos em lei e evita a propagação de condutas contrárias ao direito (GARCIA, 2014, p. 298). Como se percebe, é importante dedicar tempo ao assunto.

Evidência disso é que, em pesquisa realizada junto a advogados públicos atuantes em certo órgão, constatou-se que um dos maiores desafios por eles enfrentados para adotar práticas consensuais no tratamento de conflitos é a postura reativa deles exigida ante o volume de mandados de citação em demandas que deviam ser imediatamente contestadas, sob pena de descumprirem seu múnus e poderem responder por infração administrativa (BERGAMASCHI, 2015, p. 259-260, 269).

A participação em sessões consensuais exige, obviamente, uma preparação peculiar. Um passo importantíssimo para o advogado é preparar o caso para a autocomposição considerando que não participará de um "jogo de julgamento" para sustentar posições em alegações baseadas em teorias do Direito; as posições jurídicas ficam em segundo plano e, ao serem evocadas, ficam restritas ao plano especulativo - afinal, a intenção nas sessões consensuais não é ter posições jurídicas declaradas como válidas ou inválidas por um terceiro (COOLEY, 2001, p. 80), mas, sim, encontrar soluções integrativas que atendam a interesses convergentes.

Em relação ao advogado público, a preparação para a sessão consensual não deverá ser pautada por uma reação defensiva, mas sim pela ponderação da legitimidade da demanda do segurado e/ou do custo-benefício em manter a demanda em juízo em situações controvertidas.

2.3 Obrigatoriedade da Realização da Audiência Consensual

Um ponto que deve ser aplicado integralmente às ações previdenciárias é a obrigatoriedade da realização da audiência consensual. No sistema do Novo CPC, a audiência se realizará obrigatoriamente, exceto em duas hipóteses previstas no § 4º do art. 334: se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse e, no caso mais genérico, de "quando não se admitir a autocomposição".

Ainda que a sessão consensual mandatória tenha sido questionada por parte da doutrina - e até mesmo pela coautora do presente artigo (TARTUCE, 2015b, p. 293 e ss.) -, é certo que, para quem entende haver no sistema a obrigatoriedade, não há justificativa plausível para deixar de aplicá-la às ações previdenciárias.

Poder-se-ia argumentar que não se admitiria a autocomposição nessas ações porque ao lado do órgão previdenciário normalmente está o erário público e, conseqüentemente, o interesse público, que seria indisponível e impassível de transação.

Contudo, tal entendimento, além de contrariar frontalmente a prática observável - em que órgãos previdenciários como o INSS realizam autocomposições -, segue a identificação imediata entre "interesse público" e "intransigibilidade", há muito superada pela doutrina ao entender que mesmo direitos identificados com o interesse público são passíveis de negociação dentro de certos limites (BERGAMASCHI, 2015, p. 93).

Nem sempre o entendimento foi esse: havia corrente jurisprudencial em torno do CPC/73 segundo qual a ausência da audiência preliminar prevista no então vigente art. 331 não geraria nulidade nos feitos em que era parte a Fazenda Pública, sob o fundamento genérico de que "o interesse público não admitiria transação", em atitude desestimulante da tentativa de autocomposição por parte da administração [9](#).

39. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Como muitas previsões do CPC/2015, a obrigatoriedade da audiência consensual é regra a ser testada e cujo proveito deve ser medido pelos Tribunais - em termos qualitativos e quantitativos - e eventualmente revista e aprimorada (Cf. TARTUCE; PASSONI, 2015).

O que se defende aqui é aproveitar a previsão para evitar a saída fácil de simplesmente deixar de agendar a audiência porque o ente público não conciliaria ou não faria propostas, postura já constatada e relatada por alguns juízes no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (BERGAMASCHI, 2015, p. 243-244). Apenas o teste e o uso do meio consensual permitirão a reflexão interna dos entes previdenciários caso busquem a racionalização de sua litigância.

2.4 Sessão Consensual Realizada por Conciliador ou Mediador Auxiliar em Vez de Juiz

O sistema desenhado pelo Novo CPC não deixa dúvidas: as audiências de conciliação e mediação não devem ser realizadas pelos juízes, mas por conciliadores e mediadores que atuem como auxiliares do juízo (art. 149). As mediações e as conciliações devem ocorrer preferencialmente no centro judiciário de solução consensual de conflitos, onde deverão atuar apenas conciliadores e mediadores (art. 165, *caput*), supervisionados pelo juiz coordenador do centro.

Ademais, como a conciliação e a mediação são pautadas pelo princípio da confidencialidade (art. 166), sua condução pelo juiz ensejaria violação a esse princípio (GAJARDONI, 2015), visto que o juiz teria acesso a informações das partes voltadas exclusivamente à autocomposição, que são, por lei, sigilosas.

A justificativa para evitar a participação do juiz na sessão consensual é tão clara quanto legítima: preservar a imparcialidade do magistrado se for necessário um futuro julgamento. Além disso, não há como desconsiderar o fato de que se o juiz conduz a sessão consensual, suas palavras terão um peso considerável no ânimo das partes, que tentarão supor sua tendência de julgamento para atuarem estrategicamente (TARTUCE, 2015a, p. 523).

A Lei de Mediação traz regras de confidencialidade que, embora inexistentes especificamente para a conciliação, devem por analogia ser igualmente adotadas neste meio consensual; tais regras reforçam a inviabilidade da participação do juiz nas sessões consensuais. Pelo art. 30,

"toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação."

40. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Ademais, a confidencialidade alcança, segundo o art. 31: (i) declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; (ii) reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; (iii) manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; (iv) documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. O § 1º do artigo dispõe que "a prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial". Ora, como seria possível evitar que todas essas informações deixassem de afetar o julgamento do caso se o próprio juiz participasse da sessão consensual?

No processo previdenciário, essa assertiva significa a exclusão do juiz da participação do procedimento conciliatório entre segurado e ente previdenciário, retirando a carga de dilemas que o julgador enfrenta ao se deparar com informações voltadas exclusivamente à autocomposição, além da disparidade de poderes e da típica falta de informação que o segurado normalmente ostenta.

Esgotadas as previsões processuais que influenciarão, a nosso ver, o uso dos meios consensuais no processo previdenciário, passemos a nosso segundo questionamento: ante a nova legislação e ante as peculiaridades do processo previdenciário, qual é o papel do terceiro imparcial na sessão consensual?

3 Princípios Orientadores da Mediação e da Conciliação no Novo CPC e na Lei de Mediação

Merecem destaque as guias-mestras da *condução* da conciliação ou da mediação por seu papel influenciador da atuação do terceiro imparcial.

Importantes previsões da nova legislação introduzem os princípios da conciliação e da mediação (inicialmente apenas decorrentes de construção doutrinária e de previsão no nível infralegal na Resolução nº 125/2010 do CNJ) no plano normativo. Sua importância é clara ao contribuir para evitar desvios na atuação de pessoas porventura empenhadas na obtenção de acordos a qualquer custo (TARTUCE, 2015a, p. 526).

Além da já mencionada confidencialidade, o CPC/2015 destaca os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art. 166). A Lei nº 13.140/2015 adiciona outros três princípios: isonomia, busca do consenso e boa-fé, que são plenamente aplicáveis também à conciliação judicial.

41. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Aqui chamamos a atenção para os quatro princípios que tomarão especial relevo na busca de uma resposta para nossa pergunta: autonomia, isonomia, decisão informada e imparcialidade.

O princípio da autonomia da vontade desdobra-se em duas orientações: 1) o meio consensual deve ser adotado de forma voluntária pelas partes (subprincípio da voluntariedade). Dessa orientação, surge, evidentemente, a crítica à obrigatoriedade da realização da audiência consensual quando apenas uma das partes se diz contrária a ela enquanto a outra não; 2) estando em andamento o procedimento de conciliação ou mediação, o resultado é definido e controlado pelas partes, sendo vedado ao terceiro imparcial decidir, pela própria natureza consensual do método; além disso, por lei, é vedada qualquer intimidação à realização do acordo (art. 165, § 2º, do CPC/2015).

Este viés está presente no texto da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que reconhece ser a autonomia da vontade o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento (Anexo III, art. 2º, II) (TARTUCE, 2015a, p. 527).

A imparcialidade configura uma essencial diretriz por representar a equidistância e a ausência de comprometimento ético do sujeito imparcial em relação aos envolvidos (TARTUCE, 2015a, p. 527). Nos termos da Resolução nº 125/2010 do CNJ, imparcialidade é o "dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente (art. 1º, V)".

A imparcialidade, contudo, não impede a atuação mais ativa do conciliador ou mediador com a finalidade de atingir valores e concretizar outros princípios, como a isonomia e a decisão informada.

Sobre tais princípios, vale destacar um ponto para a melhor compreensão da discussão: a isonomia com que um agente público - inclusive o conciliador e o mediador no desempenho de suas tarefas - deve se posicionar é bem resumida em excerto de Carmen Lúcia Rocha para quem "igualação dos iguais e o tratamento diversificado daqueles que se diversificam segundo critérios de Justiça racionalmente postos e suficientemente motivados" (ROCHA, 1990, p. 39).

No tocante à conciliação, há diretrizes no processo civil moderno que levam o juiz a conduzir o feito de forma a minimizar os efeitos deletérios da diferença de poder e condições de litigância existentes entre as partes. Nesse sentido, emerge como relevante o conceito de *vulnerabilidade processual*, já definido pela coautora do presente artigo como a "susceptibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório" (TARTUCE, 2012, p. 184).

42. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Esse conceito de vulnerabilidade se aplica também à conciliação e à mediação, de forma mais ampla, pois a diferença de poder entre as partes pode não advir do poderio econômico, mas de características pessoais, como a autoconfiança e a habilidade de se comunicar bem, ou de posições fortes, como a determinação em não ceder, situações em que pode ser lícito ao conciliador intervir (TARTUCE, igualdade, p. 285-286). Assim, havendo intervenções motivadas pelo desequilíbrio, quando este se mostre prejudicial à *performance* de uma das partes a

ponto de comprometer a defesa de seus interesses ou direitos, é lícito ao terceiro imparcial intervir sem ferir a imparcialidade.

Já o princípio da decisão informada corresponde, nos termos da Resolução nº 125/2010 do CNJ, ao dever de manter o jurisdicionado plenamente ciente quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido (Anexo III, art. 1º, II).

Em outras palavras, o princípio da decisão informada indica que alguém visa resolver um conflito por um mecanismo consensual deve ter conhecimento do cenário em que está inserido, da discussão jurídica que está sendo travada (no caso de conciliação ou mediação judicial), dos direitos envolvidos, das controvérsias estabelecidas e, especialmente, das *alternativas* das quais dispõe caso não resolva sua questão pelo meio consensual.

Entendemos que este ponto é especialmente importante para a aplicação dos meios consensuais na seara previdenciária: é conceito básico de negociação, muito levado em conta também na conciliação e na mediação, o conhecimento sobre as alternativas à solução negociada, que nada mais são do que aquilo que pode ser feito para atingir os interesses que se buscam sem o acordo com a outra parte. Como exemplo, o segurado que litiga com o órgão previdenciário tem como alternativa ao acordo aguardar o julgamento pelo juiz para contar com uma decisão de mérito.

Outro conceito importante é o conhecimento da MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo), ou seja, qual é a melhor opção que melhor atende aos interesses perseguidos, sem o acordo (MOURÃO et al., 2014, p. 87).

No caso da demanda previdenciária, é essencial que o segurado tenha informações para identificar se o julgamento poderá representar uma situação mais ou menos favorável que o acordo para que possa tomar uma decisão consciente e ponderada sobre vantagens e desvantagens em aceitar a proposta. É importante também que lhe seja possibilitado ponderar o que considera mais importante em termos de tempo, valores, desgaste, etc. Como exemplo da aplicação da MASA, se, após a sessão consensual e a reflexão tanto pelo segurado quanto pelo órgão previdenciário, chegar-se aos termos de um acordo que esteja aquém do que pode ser obtido pela sentença de mérito pelo segurado (sendo esta sua MASA, ao menos em termos de proveito econômico), este deve estar ciente disso para que possa avaliar de maneira informada se opta por realizar o acordo ou aguardar transcorrer o tempo até a prolação da sentença.

43. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Importante mencionar que a avaliação (para decidir entre o acordo e as alternativas) não se resume apenas a medir valores a serem obtidos. Fatores como tempo, relacionamento, desgaste, custos e premência ou não da fruição do bem são importantes para definir se uma alternativa é melhor ou não do que o acordo.

É importante destacar que é o próprio interessado quem deve fazer tal ponderação, e não o terceiro imparcial: este deve limitar-se a ajudá-lo na organização da informação e não tomar a própria pauta valorativa para influenciar a decisão do outro. Muitas vezes houve situações em que conciliadores, em lastimável errônea conduta, tentaram convencer uma parte a aceitar um valor menor do que tinha direito sob a alegação de que ela demoraria muito para receber em juízo.

É inquestionável que o terceiro imparcial deve zelar pela isonomia e pela decisão informada. A grande discussão é como se fazer isso e quais os limites dessa atuação e como fazer isso sem comprometer a imparcialidade. A tal questão tentaremos responder mais à frente.

4 Particularidades da Conciliação Envolvendo os Órgãos Previdenciários

4.1 A Existência de "Disputas Repetitivas"

As demandas que envolvem órgãos previdenciários inegavelmente se inserem no conceito de *disputas repetitivas*.

Maria Cecília Asperti entende como fator relevante para a caracterização das disputas repetitivas "o envolvimento frequente de uma das partes em disputas análogas no curso do tempo"; segundo a autora, essas disputas decorrem das relações entre entes públicos e indivíduos, sobre as quais incidem os mesmos aparatos e procedimentos normatizados, ou entre indivíduos e empresas ligados por contratos de adesão. Em outras palavras, envolvem de um lado um ator institucional (poder público, instituições financeiras, etc.) "cuja atuação repercute sobre a esfera de direitos de múltiplos atores individuais (o cidadão, o consumidor, o segurado) em grande escala, seja de forma continuada, seja circunstancialmente" (ASPERTI, 2014, p.36).

Baseado nos escritos de Marc Galanter (1974), a autora segue descrevendo que os atores institucionais que se inserem em disputas repetitivas possuem vantagens comparativas em face dos litigantes ocasionais, que não raro estão pela primeira vez enfrentando um problema jurídico ao moverem ou responderem a uma demanda do ator institucional. Os grandes litigantes conseguem antecipar o resultado da litigância e possuem riscos menores em cada caso, além de terem mais recursos para suportar perseguir seus interesses em longo prazo. Por sua vez, os indivíduos que atuam como litigantes ocasionais não têm recursos para negociar uma solução em curto prazo ou para perseguir seus interesses em longo prazo (ASPERTI, 2014, p. 38).

Outro aspecto importante é que a inércia e a morosidade do sistema judiciário criam vantagens para os litigantes repetitivos, na medida em que estes são dotados de mais recursos para suportar o tempo do processo e se afetam menos por ele; os litigantes ocasionais, por seu turno, têm desincentivos para litigar e são estimulados a aceitar acordos ainda que estes lhes sejam prejudiciais (ASPERTI, 2014, p. 39-40).

4.2 A Existência de um Ator Institucional, Pertencente à Administração Pública, Representado por Pessoa Atada a Normas Externas

A presença de um ente ligado à Administração Pública na sessão consensual, representado por um preposto, traz limitações e condicionantes à autonomia do participante da conciliação ou da mediação. Isso não significa, contudo, que a solução consensual é inviabilizada.

No caso previdenciário, a característica especial de ser um agente institucional público inserido em disputas repetitivas dá características especiais a essas limitações. Vejamos na sequência.

4.2.1 Necessidade de Autorização Legal

A necessidade de autorização legal para o ente previdenciário resolver consensualmente suas disputas pode ser dividida em três perguntas: (i) o instrumento a ser utilizado deve ser autorizado legalmente de forma específica ao ente público?; (ii) o conteúdo do acordo deve estar delimitado na Lei?; e (iii) o sujeito competente deve estar identificado pela lei? (BERGAMASCHI, 2015, p. 131)

Quanto à primeira pergunta, o coautor deste artigo já defendeu anteriormente que a opção feita pelo órgão em promover a solução de suas disputas por meios consensuais prescinde de lei e está, na verdade, condicionada a outras limitações. Por outro lado, a previsão dos instrumentos consensuais na lei processual, sem a vedação do seu uso por entes ligados à Administração Pública, já seria suficiente para satisfazer eventual exigência de previsão legal do meio consensual a ser utilizado.

Quanto à segunda pergunta - se o conteúdo do acordo deve estar previsto ou ao menos balizado pela lei -, pode-se concluir ser desnecessário tal balizamento, exceto nos casos em que o ente da Administração tome deliberações de renúncia, ou seja, em que a Administração abre mão de um crédito legítimo, ou de um bem de sua propriedade *a priori* indisponível, casos em que a composição deveria envolver autorização legal para tanto (BERGAMASCHI, 2015, p. 133). Como exemplo, a renúncia a um crédito que o ente previdenciário tem em face do segurado (o que podemos aventar no caso de pagamentos indevidos) apenas seria possível com autorização legal.

Por outro lado, ainda que as balizas legais sejam dispensáveis na maioria dos casos, em grandes estruturas - como é o caso dos entes previdenciários - a sua previsão é de todo recomendável para conferir segurança aos diversos níveis hierárquicos dos advogados públicos e representantes do órgão previdenciário (BERGAMASCHI, 2015, p. 133), e até mesmo para conferir ao órgão maior segurança jurídica ao disciplinar a sua atuação consensual em normas internas.

Outra situação é a previsão legal do sujeito competente para realizar o acordo, envolva ele renúncia de direitos ou não. Esta é uma previsão legal imprescindível, visto que o sujeito competente é elemento essencial do ato administrativo.

No nosso sistema jurídico, entende-se que todas as competências administrativas que não estejam delegadas pela lei estão concentradas no chefe do Poder Executivo. Na verdade, interessa-nos sobretudo a "capilarização" da competência para realização de acordos, através de sucessivas delegações, o que dá maior funcionalidade a um sistema consensual.

Um modelo interessante que viabiliza a prática é o da delegação limitada de poderes para transigir ao procurador que atua no dia a dia forense, estabelecendo faixas de valor ou matérias específicas em que o procurador pode celebrar acordo sem necessidade de autorização, geralmente voltadas a demandas mais simples, com entendimento mais uniformizado e teses relativamente superadas no Judiciário e no entendimento da própria Procuradoria (BERGAMASCHI, 2015, p. 138).

46. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

No caso do Instituto Nacional do Seguro Social, por exemplo, a competência para celebração de acordos seria, a princípio, do Advogado-Geral da União (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.469/97). Este, contudo, delegou a competência para o Procurador-Geral Federal (art. 2º da Portaria AGU nº 990/09), chefe do braço da Advocacia-Geral da União responsável para representar em juízo diversas autarquias federais, entre elas o INSS. O Procurador-Geral Federal, por sua vez, por meio da Portaria nº 915/09, delegou aos procuradores de hierarquia inferior a competência para realizar acordos, de acordo com faixas de valor [10](#).

4.2.2 Vinculação às Prescrições Legais

Uma vantagem normalmente apontada para os meios consensuais é que as partes podem construir autonomamente as respostas às suas disputas, sem necessariamente observarem a solução legal dada ao conflito, sendo a vontade das partes o critério predominante. Quando um ente previdenciário público está envolvido, o princípio da legalidade administrativa não deixa dúvidas de que o único critério possível para a solução consensual do conflito é a lei, pois a administração não pode se furtar à legalidade e escolher outras bases sobre as quais irá negociar e compor conflitos (BERGAMASCHI, 2015, p. 168).

No direito previdenciário, a observância da legalidade toma contornos próprios, já que a criação de benefícios previdenciários e a delimitação de seus beneficiados é questão reservada à disposição legal. Assim, não se cogita de acordos que concedam benefícios previdenciários não previstos em lei ou que os destinem a quem a lei não garante o direito de fruição (GARCIA, 2014, p. 298).

Contudo, a vinculação à legalidade não obsta nem torna redundante o uso dos meios consensuais; afinal, há múltiplas interpretações para cada norma, além do fato de que há lacunas e contradições na ordem jurídica, nem todas solucionáveis pelos critérios clássicos (SOUZA, 2012, p. 166). Isso quer dizer que as normas jurídicas normalmente comportam mais de uma possível interpretação, e o fato de a Administração ostentar, inicialmente, uma posição a respeito de determinado assunto não impede a reformulação de seu entendimento (BERGAMASCHI, 2015, p. 169).

Assim, situações que podem gerar um acordo na seara previdenciária, sem ferir a legalidade, seriam: (i) o acordo sobre o acatamento de orientação jurisprudencial sobre os critérios de concessão ou revisão de um benefício; (ii) o acordo em que, diante situações de controvérsia exclusivamente fática, o órgão previdenciário opta por negociar em troca de uma vantagem em valores (como, por exemplo, desconto na sucumbência) em vez de sujeitar-se a um julgamento em que corre o risco de perder; (iii) o acordo que preencha o conteúdo de normas abertas (que tende a ser mais difícil de aventar no direito previdenciário ante o intenso grau de normatização das matérias, mas é bastante perceptível em casos de direitos difusos de conteúdo indeterminado - como saúde, meio ambiente, educação, etc).

47. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

4.2.3 Dever de Assegurar a Isonomia

A Administração Pública em geral e os órgãos previdenciários em particular devem tratar com isonomia os administrados e segurados. No tocante à concessão de benefícios previdenciários, o órgão previdenciário não pode reconhecer um benefício a uma pessoa e deixar de reconhecê-lo a outra em situação objetivamente idêntica. Assim, a isonomia constitui uma limitação à discricionariedade na realização de acordos e é nesse âmbito de liberdade de atuação que deve ser apurada a sua observância (BERGAMASCHI, 2015, p. 179).

Desdobramento da discussão sobre a isonomia é a seguinte questão: uma vez realizado um acordo com um particular, outro em situação idêntica teria direito ao mesmo acordo? Em outras palavras, a isonomia tornaria o *oferecimento* do acordo um ato vinculado?

Para Luciana Moessa de Souza, devem-se ter claras duas situações que expressam diferentes graus de identidade do conflito: se o primeiro acordo resulta de uma atividade discricionária, em que a solução consensual foi apenas uma das possibilidades de atendimento aos interesses públicos surgidos no caso concreto, entende-se que daí não

resulta um direito dos demais administrados ao mesmo acordo. Por outro lado, se há situação jurídica absolutamente idêntica, a Administração deve adotar a mesma solução para todos os casos (porque, sendo similares as situações, a isonomia se impõe). Tome-se, por exemplo, a situação em que a quantidade de variáveis objetivas é menor, como a apuração do direito a um benefício previdenciário, em que é mais fácil identificar a similitude dos casos (SOUZA, 2012, p. 174-175).

Vale destacar que a Lei de Mediação criou um instrumento para viabilizar a transação entre a Administração Pública Federal e uma grande quantidade de sujeitos: a "transação por adesão" (art. 35). Resolução Administrativa própria deverá conter os requisitos e condições da transação, e será aplicada a casos "idênticos" (art. 35, § 3º).

48. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

4.2.4 Sistema de Pagamentos por Precatórios

Sabe-se que a Administração Pública não sofre execução no processo civil tal qual os particulares. Há previsão constitucional no sentido de que

"[o]s pagamentos devidos pelas *Fazendas Públicas* Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de *sentença judiciária*, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (art. 100)."

A Emenda Constitucional nº 20/98 criou uma exceção ao regime de precatórios constante no art. 100, § 3º: a obrigação definida em lei como "pequeno valor". Depois, sobreveio a Emenda Constitucional nº 30/00 para permitir, conforme o § 4º, que cada entidade de direito público definisse esse valor conforme sua capacidade econômica. Com o advento da Emenda nº 62/09, a definição desse valor deve respeitar piso do valor igual ao maior benefício do Regime Geral da Previdência Social.

A questão que se coloca é saber se os créditos devidos a segurados reconhecidos em acordos devem seguir o sistema de precatórios ou podem ser pagos independentemente da fila de pagamentos.

Em primeiro lugar, é evidente que a questão nem é cogitada para casos de valores até o limite da "obrigação de pequeno valor", que será paga independentemente da expedição do precatório de qualquer forma. A discussão cinge-se aos créditos que ultrapassem o pequeno valor.

A expedição de precatórios é devida, conforme o exposto texto constitucional, para cumprimento de condenações judiciais, nas quais os acordos judiciais não se enquadram (BERGAMASCHI, 2015, p. 188-190).

Assim, para acordos realizados antes do trânsito em julgado da sentença em ação, deve-se entender que tal composição que reconheça, total ou parcialmente, o direito do particular, não seja submetida ao sistema de precatórios. Isso porque, de fato, não seria um crédito reconhecido em sentença, após clara resistência da Administração Pública, mas, sim, por decisão da própria Administração, o que se aproxima do reconhecimento administrativo.

Se tal crédito fosse submetido ao sistema de precatórios, haveria violação da isonomia entre o administrado que teve seu direito reconhecido espontaneamente na via administrativa (e receberia imediatamente os valores devidos) e aquele que, por algum erro ou equívoco de interpretação da Administração, estava em semelhantes condições, mas teve que acessar o Poder Judiciário para ter seu direito declarado.

49. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Uma advertência a ser feita é que a isonomia tem de ser respeitada, não podendo a Administração Pública, sem uma justificativa razoável, discriminar casos semelhantes e praticar o acordo em alguns, revendo a sua posição, e em outros não, relegando estes à execução contra a Fazenda Pública e, conseqüentemente, à espera do pagamento por precatório.

Vale destacar também a advertência de Rodolfo de Camargo Mancuso de que o pagamento de acordos judiciais não deve ser feito com recursos previamente afetados ao pagamento de precatórios (2004, p. 27).

Outra conduta que não se cogita, em princípio, é o acordo após o trânsito em julgado da sentença, que implique em pagamento imediato de um segurado que, em tese, já estaria aguardando o pagamento de precatório, em detrimento dos demais.

Ao ponto, é importante lembrar que a Emenda Constitucional nº 62/09 incluiu a possibilidade de realização de acordos diretos com os titulares de créditos que aguardam pagamento de precatórios (art. 97, § 8º, III, do ADTC). Tal previsão, contudo, já foi reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 4.357 e 4.425), de forma que tais acordos já não estão mais autorizados.

4.3 É Possível Falar em "Mediação" Envolvendo o Ente Previdenciário?

Após entender as particularidades das conciliações ou das mediações envolvendo entes previdenciários, uma questão importante para abordar as atividades do terceiro imparcial que conduz um encontro entre o segurado e o ente previdenciário é a seguinte: qual é o meio consensual mais adequado no caso, a conciliação ou a mediação?

Pelo critério traçado pelo CPC/2015, em razão da relação esporádica entre o segurado e o órgão previdenciário, é mais adequado falar em "conciliação previdenciária".

Contudo, conforme já defendido anteriormente, não é por conta da tarja colocada sobre o meio consensual aplicado que automaticamente as técnicas do outro método estarão fechadas. É importante considerar a existência de zonas cinzentas entre as intervenções dadas pelos próprios conflitos, que podem surpreender o mediador/conciliador na sua atividade. Mesmo conflitos tipicamente patrimoniais sobre relações episódicas podem ensejar elementos de reconhecimento pessoal ou coletivo que justifiquem aprofundar o trato das razões da controvérsia e adicionar pautas que seriam, a princípio, estranhas a uma intervenção conciliatória e demandem técnicas próprias da mediação (BERGAMASCHI, 2015, p. 117-118).

50. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Assim, o conciliador que media um ator institucional e grande litigante em uma questão pontual com o segurado deve se adequar às necessidades do caso e ajustar seu enfoque, devendo, inclusive, ser capacitado para técnicas e abordagens pertinentes tanto à conciliação quanto à mediação, sendo munido com uma "caixa de ferramentas" ampla e diversificada (ASPERTI, 2014, p. 151).

4.4 O Notável Desequilíbrio de Forças

A conciliação realizada no âmbito previdenciário talvez seja a que mais suscite questionamentos ligados ao desnível de poder entre as partes que possam repercutir em situações desvantajosas à parte mais fraca.

Marco Aurélio Serau Júnior destaca que ações previdenciárias são naturalmente pautadas por uma grande assimetria de poder: em um polo está um dos maiores *repeated players* do nosso Poder Judiciário (o INSS) e o no outro o segurado (*one-shooter*); a assimetria é acentuada pelo fato de que o segurado disputa um benefício importantíssimo, que fará diferença em sua vida, enquanto para o INSS a demanda é apenas mais uma entre centenas de milhares. O segurado se encontra em um ambiente em que, além de necessitar do objeto da demanda (estando mais suscetível ao tempo do processo), encontra-se em vulnerabilidade econômica e técnica em relação ao INSS, sendo a percepção geral de magistrados, procuradores e serventuários a de que são desinformados e mal representados no âmbito judicial (SERAU Jr., 2014, p. 130).

O autor, baseado em sua própria percepção e envolvimento com o tema, explica que esse quadro leva o INSS a formular acordos apenas quando sabe de antemão que terá uma derrota judicial, sendo que no mérito eles se resumem a abatimentos do valor devido ao segurado em troca do reconhecimento imediato do benefício e do pagamento dos valores em atraso. Para o autor, o que ocorre nos acordos é que "o risco marginal (prejuízo) recai unilateralmente sobre um dos lados do conflito, tornando-se financeiramente mais vantajosa a solução adjudicada" (SERAU Jr., 2014, p. 131).

Ao se notar a prática relatada pelo autor, ecoa imediatamente a crítica de Owen Fiss em seu texto *Against the Settlement* (1984) ao modelo consensual de solução de conflitos e a existência de grandes disparidades de poder que podem verter em desfavor dos mais fracos.

Corroborando tal percepção, a pesquisa empírica realizada por Maria Cecília Asperti junto ao Centro de Conciliação da Justiça Federal em São Paulo notou a existência de proposta com "desconto" dos valores devidos quando o INSS vê que perderá o processo judicial. Conforme a pesquisa, nos casos que demandam perícia médica, caso ela seja favorável à concessão do benefício, os autos são enviados para o contador apurar o valor a ser pago. Com os cálculos em mãos, o INSS costuma oferecer um desconto de 20% nas prestações vencidas e implementar imediatamente o benefício. Em razão desse desconto, alguns juízes resistem a encaminhar casos envolvendo esses benefícios previdenciários para conciliação, entendendo que é mais vantajoso ao segurado aguardar a sentença de mérito e receber os valores em atraso integralmente. A pesquisa revelou também que, no caso de laudo negativo, não há proposta alguma (ASPERTI, 2014, p. 94, nr 263).

Diante do sistema consensual que está sendo montado e aprimorado pela nova legislação, qual seria o papel e qual seria a conduta mais adequada do conciliador nas demandas previdenciárias?

5 A Função do Conciliador na Mediação Previdenciária: Zelar pela Busca da Isonomia e da Decisão Informada

Tendo em mente as limitações inerentes ao representante do órgão previdenciário em uma sessão consensual - tanto as que dizem respeito às limitações de conteúdo do acordo quanto as referentes à limitação de sua competência para rever decisões administrativas -, vale perquirir: de que serve contar com a dinâmica negocial e a figura de um terceiro imparcial que a facilite se o conteúdo do acordo é normalmente dado *a priori* pela estrutura do órgão previdenciário ou, quando não, depende da decisão de uma autoridade administrativa superior?

De fato, costuma haver pouco espaço para a persuasão do ente administrativo em relação a reconhecer direitos ou negociar sobre situações controversas. As técnicas negociais restam um pouco prejudicadas: a geração de opções para solucionar o conflito é improdutiva, pois o agente geralmente não tem autonomia para engendrar-las. A exploração de alternativas também não parece frutífera: para os grandes litigantes, o impacto de um caso individualmente considerado é pequeno; se há casos semelhantes, as consequências são apuradas em escala e o órgão normalmente já tem uma posição sobre elas.

Assim, qual é o papel do conciliador em uma conciliação previdenciária? Nossa hipótese é a de que, havendo pouco espaço para influenciar o acordo em si, seu papel principal é facilitar o processo de negociação entre os envolvidos no sentido de proporcionar à parte vulnerável (o segurado) um procedimento que atenda aos princípios da isonomia e da decisão informada. Ademais, o conciliador também é um importante provedor de informações para a melhoria tanto do programa de conciliação previdenciária em que estiver inserido quanto do próprio atendimento extrajudicial do órgão previdenciário.

5.1 Zelo pela Isonomia e pela Decisão Informada

Muito se fala em corrigir as disparidades e o desequilíbrio existente entre as pessoas. As disparidades existentes entre as partes, mormente entre litigantes habituais e eventuais, contudo, devem ser tomadas como uma realidade. Não há como forjar uma igualdade artificial e forçar uma isonomia que não existe. Hoje vem se compreendendo que tentar simplesmente superá-las é um trabalho hercúleo e de pouco proveito. As pessoas são diferentes, sendo dotadas de diversos poderes e peculiares habilidades. Entre atores institucionais e pessoas naturais o desequilíbrio é ainda mais notável.

A tarefa do terceiro imparcial não é buscar o reequilíbrio a qualquer custo. Zelar pela isonomia é uma tarefa objetiva: o conciliador deve estimular, por meio de perguntas a ambas as partes, a reflexão sobre sua situação e, em caso de aparecimento de desequilíbrio, propiciar espaços para a sua exata identificação. Na sequência, identificado o desequilíbrio, deverá checar se este é, de fato, um fator que compromete aquele ato consensual - por exemplo, se a autonomia de uma das partes está sendo comprometida pela falta de informação. Apenas identificado tal comprometimento é que o terceiro deve adotar medidas para lidar com ele, propondo-se a contribuir imparcialmente para a sua mitigação.

A checagem da "decisão informada" certamente é uma forma de mitigar efeitos deletérios do desequilíbrio.

No entanto, a grande pergunta a ser feita é: como tais intervenções podem ser feitas sem ensejar o comprometimento da imparcialidade do terceiro interventor?

A função de zelar pela isonomia se desdobra em questionamentos como: o mediador pode aconselhar, em termos negociais ou jurídicos, a parte que se revela mais fraca no processo de mediação/conciliação? Ou pode se limitar a aconselhar essa parte a buscar um auxílio negocial/jurídico? Ou nem sequer isso pode fazer?

A Resolução nº 125 do CNJ não traz uma solução clara: por um lado, coloca a "decisão informada" como um princípio, destacando que o terceiro tem "dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido". Por outro lado, prevê que o procedimento de mediação é regido pela "desvinculação da profissão de origem", de forma que é dever "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".

53. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Bruno Takahashi (2014, p. 64) enfrenta a questão e reconhece existir uma tensão entre o dever de estabelecer uma decisão informada e o dever de imparcialidade. Definida a conciliação com método, a forma de intervenção dependerá do equilíbrio e das necessidades das partes: se elas se mostram bem informadas sobre seus direitos e conscientes das consequências de celebrar um acordo, a intervenção é desnecessária; se desprovidas de informações, mas sendo essas possíveis de obter de um profissional, o conciliador pode se valer de uma escala de intervenções **11**: (i) questionamentos para aferir se a parte vulnerável compreende o que está sendo dito e se possui consciência dos termos e das consequências do acordo; (ii) realização de reunião individual com a parte vulnerável para checar se a dita consciência não decorre da pressão da presença da outra parte; (iii) indagar a parte vulnerável se não prefere suspender o processo para estudar a legislação aplicável ou buscar assessoramento técnico; (iv) tratar conjuntamente com as partes se há outra proposta possível; (v) se a parte não tiver informações sobre os direitos envolvidos, a jurisprudência sobre tema, etc., nem as condições de buscar auxílio profissional, o conciliador poderia ele mesmo provê-las; e, por fim, (vi) lembrar a parte vulnerável de que a aceitação de uma proposta aquém significa renúncia de direitos reconhecidos por lei e jurisprudência; (vii) em último caso, se mesmo dotadas de informações as partes forem incapazes de organizá-las em possíveis arranjos consensuais, o conciliador pode sugerir outras opções. Para o autor, essa escalada deve ser cuidadosa, pois a intervenção mais incisiva pode ser lida como um sinal de parcialidade, ainda que, em termos éticos, assim não se considere.

Já Marco Aurélio Serau Junior propõe seguir o princípio da decisão informada e o empoderamento da parte por meio da atuação do conciliador, provendo-lhe todas as informações necessárias sobre lei e jurisprudência para que possa decidir livremente qual a melhor forma de solucionar seu conflito. É importante, segundo o autor, que o mediador ou o conciliador esteja pronto para orientar o segurado sobre a sua situação, os requisitos para concessão dos benefícios e a orientação da jurisprudência majoritária para que, assim, tome uma decisão devidamente informada e o acordo alcance efetivamente a proteção do direito previdenciário em jogo (SERAU Jr., 2014, p. 132).

Maria Cecília Asperti, por sua vez, identificou durante sua pesquisa empírica condutas interessantes desenvolvidas por conciliadores e mediadores no trato de disputas repetitivas: entre elas, merece destaque o uso de perguntas abertas (*open-ended questions*) - perguntas que não admitem como resposta simplesmente sim ou não, mas levam as partes a descrever situações, fatos e sentimentos relevantes para o surgimento e o desenrolar do conflito. Essas perguntas poderiam instigar o grande litigante a fornecer informações necessárias para que o litigante ocasional compreenda as questões envolvidas na disputa.

54. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Outra técnica identificada é o teste de realidade em que o terceiro imparcial busca certificar se as partes compreenderam as questões discutidas na sessão e, principalmente, se têm total consciência do teor e das consequências da transação que estão por firmar. Para a autora, esta técnica é muito importante para as conciliações realizadas em disputas repetitivas em que os grandes litigantes já possuem os termos de acordo pré-redigidos para determinados casos. A rotina das conciliações pode fazer com que os conciliadores esqueçam de se certificar se os litigantes ocasionais compreenderam exatamente a proposta de acordo trazida pelo grande litigante e se as estão assumindo de forma livre e informada (ASPERTI, p. 162-163).

De nossa parte, concordamos com os autores consultados no sentido de que o empoderamento e a decisão informada são técnicas importantes no contexto de disparidade dos poderes. Contudo, entendemos que a atuação do terceiro, a fim de preservar a imparcialidade, deve se limitar ao questionamento das partes, nunca devendo tal sujeito prestar qualquer informação técnica por si próprio por mais que a outra parte esteja desinformada. Não deve, também, demandar diretamente a outra parte por propostas melhores.

O meio consensual de solução de conflito demanda (i) protagonismo das partes e (ii) papéis bem definidos dos participantes. Sobretudo o papel do conciliador deve ser bem definido e, inclusive, esclarecido logo de início a fim de não causar expectativas distorcidas nas partes.

O mediador ou o conciliador são, primeiramente, organizadores da comunicação; seu papel é facilitar o fluxo da troca de informações e fiscalizá-lo para que ele aconteça de forma apropriada para que as partes entendam o que a outra está querendo comunicar.

Em segundo lugar, o terceiro imparcial deve ser um estimulador da comunicação: pelo método interrogativo, deve atuar que os interesses, as informações relevantes para o caso e as propostas das partes sejam clarificadas e apresentadas conforme a intenção dos envolvidos.

Em terceiro lugar, deve checar se as partes encontram-se devidamente informadas. Se o desnível de informação se revelar comprometedor do deslinde equânime da conciliação ou da mediação, ele deve checar o conforto das partes em prosseguir com o nível de informação que detêm.

55. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Entendemos que a atuação do terceiro imparcial em relação à minimização dos efeitos do desnível de poder deve ser no sentido de checar se os envolvidos conhecem dados relevantes para que a decisão possa ser fruto de genuíno e esclarecido consenso (TARTUCE, 2012, p. 310), além de alertar as partes sobre a possível orientação ou assessoria em qualquer área do conhecimento técnico.

Reputa-se excluída da função do conciliador e do mediador a adoção de falas e iniciativas que se confunda com as da própria parte, de seu assessor técnico ou do seu advogado. Assim, não é função do conciliador, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade: (i) demandar a "melhora" das propostas feitas por uma ou outra parte; (ii) obrigar as partes a suspender a sessão para buscar assessoramento técnico; (iii) prestar diretamente informações sobre lei e jurisprudência que envolvam o caso; (iv) informar diretamente a parte sobre o acordo implicar ou não renúncia de direitos.

A prestação de informações técnicas pelo conciliador ou mediador é particularmente problemática, mesmo em demandas repetitivas previdenciárias, por diversos motivos. Como já dito, o conciliador deve, por imperativo ético, informar sua desvinculação com a profissão de origem; sua informação técnica pode estar em desacordo com o entendimento de julgador da causa ou estar simplesmente incompleta ou, ainda, errada; o conciliador ou mediador, não tendo a função de emitir orientação técnica, não responde por eventual consequência deletéria que esta tenha na condução do caso pela própria parte, estimulada pelos "conselhos" do conciliador/mediador.

Assim, a busca da decisão informada deve se limitar ao questionamento das partes sobre seu nível de informação, sobre seu conforto em relação a este nível e sobre seu desejo em buscar assessoramento técnico ou maiores informações, suspendendo a sessão conforme o caso.

Dessa forma, havemos por bem discordar de respeitáveis e zelosos entendimentos que propugnam a intervenção do conciliador no sentido de garantir a decisão informada do segurado prestando, ele mesmo, informações sobre a lei e a jurisprudência aplicáveis ao caso sob conciliação.

Os fundamentos para tal ordem de restrição à atividade do conciliador em termos de assessoria técnica decorrem de princípios que constituem a base de sua atuação: a observância da imparcialidade e o respeito à autonomia da vontade das partes.

56. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Corroborando as assertivas aqui expostas, a coautora apresentou e viu aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal o Enunciado nº 34: "Se constatar a configuração de uma notória situação de desequilíbrio entre as partes, o mediador deve alertar sobre a importância de que ambas obtenham, organizem e analisem dados, estimulando-as a planejarem uma eficiente atuação na negociação".

5.2 O Conciliador e seu Papel Institucional

Outro papel importante do conciliador no processo previdenciário é exercido posteriormente à realização da conciliação.

Tendo em mente que as demandas previdenciárias envolvem invariavelmente os mesmos atores de um dos lados (como o INSS e outros órgãos de previdência pública) e as disputas repetitivas, o Poder Judiciário vem sendo visto como "conciliador institucional", sendo o órgão que, lidando diretamente com o dia a dia das conciliações entre segurados e representante dos órgãos previdenciários, tem melhores condições para canalizar informações dispersas em situações isoladas e as apresentar ao INSS traduzidas em um discurso unificado (TAKAHASHI, 2015, p. 209). Essa função busca, na verdade, que o Poder Judiciário contribua para melhoria (i) da participação do órgão previdenciário nos meios consensuais e (ii) do atendimento extrajudicial do órgão previdenciário.

Eis um exemplo citado por Bruno Takahashi: a partir da constatação de que muitos indivíduos saem insatisfeitos com o baixo valor das propostas feitas pelo INSS em audiências - informação trazida por conciliadores -, o Poder Judiciário pode, em diálogo interinstitucional, levar esse dado ao INSS e sugerir que o órgão seja mais realista em suas propostas. Outro exemplo é a reclamação dispersa de vários segurados sobre a postura inflexível de determinado procurador federal; o Poder Judiciário pode repassá-la ao INSS e sugerir a mudança na conduta do representante ou a sua substituição (TAKAHASHI, 2015, p. 209).

O papel que o conciliador individual presta para o conciliador institucional é muito importante. O diálogo institucional, de fato, não ocorre durante as conciliações, mas podem fornecer importantes subsídios para reuniões interinstitucionais futuras. Segundo Bruno Takahashi, são nesses momentos que se verificam as reações dos indivíduos diante das propostas apresentadas e que se notam os comportamentos dos representantes do órgão previdenciário que podem gerar propostas institucionais ou sugestões (TAKAHASHI, 2015, p. 214).

Um ponto importante a ser destacado diz respeito ao papel do conciliador como avaliador tanto do programa em que está inserido como da atuação do órgão previdenciário. Bruno Takahashi, contudo, destaca também a importância de um programa de conciliação previdenciária contar com um canal aberto para os segurados avaliarem a atuação do conciliador e do agente institucional (TAKAHASHI, 2015, p. 215).

57. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Outro estudo destacou a importância de a atuação dos grandes litigantes também ser avaliada. Os dados coletados na avaliação podem produzir subsídios para tratativas interinstitucionais futuras que, por sua vez, por serem baseadas em melhores informações, podem gerar um avanço qualitativo por meio de um diálogo permanente (ASPERTI, 2014, p. 155).

6 Considerações Finais

As inovações legislativas de 2015 no sistema processual trouxeram os meios consensuais para o centro do cenário de solução de conflitos. Previsões importantes inserem as sessões consensuais de forma intensa na trilha processual e alteram o peso da figura do terceiro imparcial ao destacarem a realização de mediação ou conciliação antes da apresentação da defesa e sua realização por um auxiliar da justiça, em vez de magistrado.

Como consequência, essas mudanças intensificam a importância da atuação de conciliadores e mediadores, demandando maior tecnicidade em sua atuação e maior clareza quanto aos seus limites.

Pelo critério traçado pelo CPC/2015, ante a relação esporádica entre segurado e órgão previdenciário, é mais adequado falar em "conciliação previdenciária".

O desequilíbrio entre o órgão previdenciário - litigante habitual - e o segurado - litigante ocasional - é evidente. O desnível decorre não apenas da diferença no acesso à informação ou da qualidade da representação técnica, mas também dos diferentes significados da demanda para cada uma das partes: para o segurado, subsistência; para o órgão previdenciário, um número.

Diante desse cenário, constata-se na prática uma abordagem do consenso pelo órgão previdenciário em que propostas apenas são formuladas em caso de certeza de que a outra parte ganhará em eventual julgamento, e com desconto nos valores devidos ao segurado.

Essa prática soa prejudicial ao segurado e à reputação da própria conciliação previdenciária. Insistimos, no presente artigo, que o conciliador pode exercer um papel importante para impedir que o desequilíbrio redunde em prejuízo para o segurado e para resgatar a credibilidade da prática consensual nas demandas previdenciárias.

58. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

Isso porque o conciliador pode atuar para zelar pela isonomia e pela decisão informada do segurado em realizar ou não eventual acordo. A adoção do método interrogativo e a checagem de informações quanto ao conforto das partes em relação ao seu nível de informação é a forma mais adequada de atingir tais desideratos, não devendo o conciliador assumir o papel de assessor técnico da parte nem prover informações técnicas ou negociar por ela, sob pena de comprometer sua imparcialidade.

O conciliador é uma importante figura para fornecer subsídios aos coordenadores de programas de conciliação que envolvem os órgãos previdenciários para que estes promovam diálogos interinstitucionais no sentido de aprimorar

seus programas e a influir na atuação dos representantes dos órgãos previdenciários - e, quiçá, em suas políticas de conciliação.

TITLE: Consensual means in the Social-Security context: impact of the new legislation and role of the impartial third party.

ABSTRACT: This article aims at examining the legal provisions in the new Code of Civil Procedure and in the Law of Mediation which may cause impact on how the consensual solution is exercised in the context of Social-Security demands, and before this more complex scenario of development of consensual means, promote some reflection on the role of the impartial third party in consensual sittings in the Social-Security context.

KEYWORDS: Social-Security Actions. Settlement. Mediation. New Code of Civil Procedure. Law of Mediation. Law no. 13,140/2015.

Referências Bibliográficas

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

BERGAMASCHI, André Luís. *A resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011.

_____. *100 maiores litigantes - 2012*. Brasília: CNJ, 2012.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Trad. René Loncan. Brasília: UnB, 2001.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. FISS, Owen. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, n. 6, maio 1984.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação? *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

59. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 37 - Fev-Mar/2017

GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, Denver, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GARCIA, Silvio Marques. A solução de demandas previdenciárias nos Juizados Especiais Federais por meio de conciliação. In: SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. *Juizados Especiais Federais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F. (Coord.). *Resolução de conflitos: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SERAU Jr., Marco Aurélio. Conciliação nas ações previdenciárias. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 123, ago. 2014, p. 129-133.

SILVA, Érica Barbosa e. *A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação*. Tese (Doutorado). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

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.

TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 123, p. 62-69, ago. 2014.

_____. *O papel do terceiro facilitador na conciliação dos conflitos previdenciários*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

TARTUCE, Fernanda. Comentários aos artigos 165 a 175. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015a, v. 1, p. 520-543.

_____. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015b.

_____; PASSONI, Marcos. *Entrevista sobre o Novo Código de Processo Civil com o Ministro Luiz Fux*. Disponível em: <<http://www.fermandatartuce.com.br/entrevista-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-com-o-ministro-luiz-fux-08042015/>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

WOLFF, Rafael. Conciliação pré-processual em ações previdenciárias envolvendo tempo especial. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 60, jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Rafael_Wolff.html>. Acesso em: 21 jan. 2017.