

Mediações e conciliações no novo CPC e seu impacto nas ações previdenciárias¹

André Luís Bergamaschi²

Fernanda Tartuce³

1. Introdução

A mediação e a conciliação são objeto de grande destaque no sistema processual integrado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei n. 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.

Por mais que a presente obra seja voltada às inovações trazidas pelo CPC/2015, é inevitável, ao tratar dos meios consensuais, trazer à análise também alguns termos da Lei de Mediação, já que ela 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.

¹ Artigo originalmente publicado na obra coletiva “Os impactos do Novo CPC nas ações previdenciárias”, sob a coordenação de José Antonio Savaris e Marco Aurélio Serau Jr., pela LTr, em 2016.

² Mestre em Direito pela 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). Monitor acadêmicos dos cursos de Técnicas de Negociação e Processo Civil da Pós-Graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Pós GVlaw). Advogado em São Paulo.

³ 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.

O fenômeno observado é expresso pela disciplina detalhada do procedimento consensual (vide arts. 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 n. 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 CPC⁴; 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 especializada⁵.

Nas ações previdenciárias, a conciliação é prática já sedimentada nas causas submetidas aos Juizados Especiais Federais – órgão de absolutamente competente para causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos – nos quais o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) é certamente o maior litigante⁶.

No procedimento da Lei n. 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)

⁴ Lei n. 13.105/2015, art. 3º §3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁵ Em estudo prévio, a coautora deste artigo já discorreu contrariamente à obrigatoriedade da sessão mediação judicial, por entender que ela contraria a premissa básica da voluntariedade, sendo mais pertinente disponibilizar e divulgar ao máximo os meios consensuais, incentivando as partes e os advogados a valerem-se deles (TARTUCE, 2015b, item 6.3.2.4).

⁶ Levantamentos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 e 2012 revelaram que o INSS lidera o ranking nacional de maiores litigantes, sendo responsável por 22,3% do total de processos ativos até 31 de março de 2010 e por 4,38% dos processos distribuídos entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 5 e 14; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 8 e 15).

Vale destacar, porém, que já um pouco antes, nos anos 90, 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 calcado 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 n. 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.

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 mediação no Novo CPC e na Lei n. 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 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 de 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 figuras⁷.

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 mútuos⁸; já a conciliação servirá

⁷ Para Paulo Eduardo Alves da Silva, a diferenciação deve ter relevância do ponto de vista prático, ou seja, diferenciar os institutos deve levar a um uso inteligente de cada um deles, saber as técnicas de cada um e aplicá-las segundo as necessidades do caso concreto (SILVA, 2014, p. 41).

⁸ Lei n. 13.105/2015, art. 165. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver 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.

preferencialmente para casos sem vínculo prévio entre as pessoas, sendo permitido ao conciliador sugerir soluções para o litígio⁹.

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

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.

⁹ Lei n. 13.105/2015, art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver 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.

O uso da via consensual poderá se estender por mais de uma sessão, não podendo exceder mais de 2 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 autocomposição¹⁰ – 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 desse 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

¹⁰ A discussão sobre a produtividade da mediação ou conciliação é intensa. O bom proveito do meio consensual deve ser avaliado apenas pelo seu sucesso em resultar em autocomposição? Ou mesmo que esta não seja atingida, é possível falar em sucesso da mediação ou conciliação? Para os adeptos da mediação transformativa, por exemplo, o acordo é incidental ao processo de mediação, e não central. A mediação é bem sucedida se permitir às partes (i) o exercício da autodeterminação e do autorreconhecimento das pessoas, revalorizando o indivíduo, e (ii) exercício do reconhecimento do outro de modo a oportunizar o exercício do respeito e consideração mútuos (BUSH; FOLGER, 1996, p. 46-49, 129-134).

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.

Apointa-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. 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, item 6.3.2.4) - 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/1973 segundo qual a ausência da audiência preliminar prevista no art. 331 daquele diploma 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 administração¹¹.

¹¹ Cf. REsp 242.322-SP; REsp 35.234-SP e 152.431-RS.

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 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.

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 participar e se deparar com informações voltadas exclusivamente à autocomposição, e, ainda, ao se deparar com a disparidade de poderes e a 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. Particularidades da conciliação envolvendo os órgãos previdenciários

3.1. 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 face aos 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).

3.2. É possível falar em “mediação” envolvendo o ente previdenciário?

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).

Assim, o conciliador que media um ator institucional e grande litigante em uma questão pontual com o segurado deve se adequar as 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).

3.3. 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 a percepção do autor, 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?

4. A função do conciliador na mediação previdenciária: zelar pela busca da isonomia e da decisão informada

Tende 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 engendrará-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.

4.1. Zelo pela isonomia e pela decisão informada

Muito se fala em corrigir 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 n. 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”.

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 intervenções¹²: (i) questionamentos para aferir se a parte vulnerável compreende o que está sendo dito e se possui consciência dos termos e 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) por fim, se a parte não tiver informações sobre os direitos envolvidos, a jurisprudência sobre tema, etc., e 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 um proposta a quem 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 Jr. 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

¹² No texto original, o autor trata de um caso de um estrangeiro residente no Brasil, que mal fala a língua local, que se envolveu em um acidente de consumo com o dono de um bar, sendo, portanto, um conflito episódico em que uma das partes ostenta vulnerabilidade. Algumas das afirmações feitas pelo autor no texto têm em conta o contexto do estrangeiro. Para a exposição aqui feita, levamos em conta apenas as observações que serviriam para qualquer indivíduo vulnerável, independentemente da barreira da nacionalidade ou da língua.

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.

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, 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 conciliador são, primeiramente, organizadores da comunicação; seu papel é facilitar o fluxo da troca de informações e fiscaliza-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.

Entendemos que a atuação o 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, entendemos que 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.

4.2. O conciliador e seu papel institucional

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

Tendo mente que as demandas previdenciárias envolvem invariavelmente os mesmos atores de um dos lados (como o INSS e os órgãos de previdência estaduais) e disputas repetitivas, o Poder Judiciário vem sido 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 e melhora (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).

Outro estudo destacou a importância de a atuação dos grandes litigantes também ser avaliado. 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).

5. 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 no *iter* processual e alteram o peso da figura do terceiro imparcial ao destacarem a realização de mediação ou conciliação antes da apresentação da defesa, a obrigatoriedade (ainda que branda) da audiência inicial e sua realização por conciliador ou mediador auxiliar da justiça, em vez de magistrado.

Como consequência, essas mudanças intensificam a importância da atuação de conciliadores e mediadores, demandando uma 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.

Em primeiro lugar, 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.

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 26.12.2015.
- FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. TOLEDO, Armando Sérgio Prado de.; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 171-189.
- FISS, Owen. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 93, n. 6, mai./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 20.12.2015.
- 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. SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. **Juizados Especiais Federais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 285-304.
- 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 JÚNIOR, 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: Revista dos Tribunais, 2015a, v. 1, p. 520-543.
- _____. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015b.
- _____; PASSONI, Marcos. **Entrevista sobre o Novo Código de Processo Civil com o Ministro Luiz Fux**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/entrevista-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-com-o-ministro-luiz-fux-08042015/>>. Acesso em: 27.12.2015.