



FELIPE CÂNDIDO RODRIGUES

A CONCILIAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA
O novo regramento das ações de concessão de auxílio-doença previdenciário

CANOAS, 2017

FELIPE CÂNDIDO RODRIGUES

A CONCILIAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA
O novo regramento das ações de concessão de auxílio-doença previdenciário

Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle, UNILASALLE, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Sergio Urquhart de Cademartori

CANOAS, 2017

FELIPE CÂNDIDO RODRIGUES

A CONCILIAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA
O novo regramento das ações de concessão de auxílio-doença previdenciário

Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle, UNILASALLE, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado pela banca examinadora em de 22 e dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sergio Urquhart de Cademartori
Orientador – Universidade La Salle

Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro
Universidade La Salle

Prof. Dr. Leonel Pires Ohlweiler
Universidade La Salle

Prof. Dr. Dani Rudnicki
Centro Universitário Ritter Dos Reis

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori, que além de extraordinária figura humana, é dotado da humildade e da sabedoria própria dos gênios e sem o qual, por de sua orientação primorosa, bem como o apoio nos momentos mais difíceis dessa caminhada, não seria possível à realização dessa dissertação.

Ao Prof. Dr. Diógenes Hassan Ribeiro, que através de aulas, debates, reflexões e diálogos foi fundamental para a ampliação do meu conhecimento e abertura de nova ideias para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Aos demais professores da instituição que contribuíram para minha evolução acadêmica e pessoal, bem como aos colegas que pude ao longo do curso estabelecer relações pautadas na amizade e admiração.

A Dr^a. Ana Inés Algorta Latorre, magistrada, e demais servidores da 26^a Vara Federal da Subseção de Porto Alegre, que me recepcionaram com muito carinho e imprimiram grande esforço para que a realização dessa pesquisa fosse possível.

Quanto a mim, já estou sendo derramado como vinho na oferta de libação. O momento da minha partida se aproxima. Combati o bom combate, completei a corrida, guardei a fé!

TIMÓTEO 6:7

RESUMO

O presente trabalho teve como tema central a conciliação como garantia do direito de acesso à justiça, utilizando como elemento para o seu desenvolvimento as ações visando à concessão do benefício de auxílio-doença previdenciário à luz dos Juizados Especiais Federais Cíveis. A partir de uma pesquisa empírica realizada com dados provenientes da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre (Vara específica de conciliação), pretendeu-se verificar se, pelos números levantados em determinado intervalo de tempo, é ou não possível afirmar se a conciliação se presta como garantia do direito de acesso à justiça. Por meio de três capítulos, procurou-se apresentar a Previdência Social tal como positivada na Constituição Federal de 1988 e algumas características do instituto, com especial destaque para os benefícios por ele contemplados. Após, foi realizado um exame sobre a conciliação como instrumento de acesso à justiça nos Juizados Especiais Federais Cíveis, ocasião em que foram apontadas algumas características da conciliação e dos Juizados. No terceiro capítulo, abordamos a conciliação aplicada nas ações, pleiteando a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença, ocasião em que foram levantadas algumas características de autores/segurados e do INSS que podem influenciar no ato da conciliação e mesmo ao longo de todo processo. Por último, na parte final do terceiro capítulo, foi realizada a pesquisa empírica supramencionada e após feito uma análise acerca dos resultados obtidos com a impressão final sobre a capacidade ou não do instituto da conciliação ser meio eficaz como garantia do direito de acesso à justiça, culminando com a conclusão, momento em que foram apresentados aspectos gerais dos temas abordados e seus resultados.

Palavras chave: Conciliação. Acesso à justiça. Benefício previdenciário de auxílio-doença.

ABSTRACT

The central theme of this study was the conciliation as a guarantee of the right of access to justice, using as an element for its development the actions aiming at granting the benefit of social security sickness benefit in the light of the Special Federal Civil Courts. Based on an empirical research carried out with data from the 26th Federal Court of Porto Alegre subsection (specific bar of conciliation), it was tried to verify if, by the numbers raised in a certain interval of time, it is possible to affirm if the conciliation is guarantees the right of access to justice. Through three chapters, it was tried to present the Social Security as positived in the Federal Constitution of 1988 and some characteristics of the institute, with special emphasis to the benefits contemplated by it. Afterwards, an examination on conciliation was carried out as an instrument of access to justice in the Federal Special Civil Courts, at which time some characteristics of the conciliation and the Courts were pointed out. In the third chapter, we approached the conciliation applied in the actions, claiming the granting of the sickness benefit, where some characteristics of authors / insureds and the INSS were raised, which may influence the act of conciliation and even throughout the process. Finally, in the last part of the third chapter, the above empirical research was carried out and after an analysis of the results obtained with the final impression on the capacity or not of the conciliation institute to be effective as a guarantee of the right of access to justice, culminating in the conclusion, at which time the general aspects of the themes addressed and their results were presented.

Key words: Conciliation. Access to justice. Social security benefit.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA	17
1.1	Conceito de Previdência Social e sua finalidade	17
1.1.1	<i>A Previdência Social e o Estado de bem-estar</i>	19
1.1.2	<i>Regimes de filiação</i>	24
1.1.3	<i>Dos segurados da previdência social</i>	25
1.1.4	<i>Benefícios abrangidos pela previdência social</i>	26
1.2	A Previdência Social como Direito Fundamental	26
1.2.1	<i>Dos Direitos Fundamentais</i>	26
1.2.2	<i>A categorização de Ingo Sarlet</i>	28
1.2.3	<i>A categorização de Ferrajoli</i>	32
1.2.4	<i>Funções e instituições de governo e de garantia</i>	36
1.2.5	<i>Classificação dos bens fundamentais</i>	38
1.3	A Previdência Social na Constituição Federal de 1988	40
1.4	Direito previdenciário	41
1.5	Do Garantismo Constitucional	42
2	A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS	48
2.1	O acesso à justiça e a insatisfação humana	48
2.1.1	<i>A autotutela como busca de acesso à justiça</i>	49
2.1.2	<i>O surgimento da autocomposição como meio alternativo de acesso à justiça</i>	52
2.1.3	<i>A Heterocomposição dos conflitos, arbitragem e jurisdição</i>	53
2.1.4	<i>A arbitragem</i>	55
2.1.5	<i>Jurisdição</i>	59
2.2	O Efetivo acesso à justiça e seus desafios	62
2.3	Obstáculos ao efetivo acesso à justiça	64
2.3.1	<i>Elevado número de ações judiciais</i>	64
2.3.2	<i>Obstáculos legislativos</i>	66
2.3.3	<i>O ativismo judicial</i>	67
2.3.4	<i>Altos custos judiciais</i>	68

2.4	Do instituto da conciliação.....	69
2.4.1	<i>Vantagens da conciliação sobre outros meios de acesso à justiça.....</i>	73
2.4.2	<i>Etapas da conciliação.....</i>	75
2.4.3	<i>Diferença entre conciliação e mediação.....</i>	77
2.5	Os Juizados Especiais Federais como meio de acesso à justiça.	79
2.5.1	<i>Breve compreensão histórica dos Juizados Especiais Federais no Brasil.....</i>	80
2.5.2	<i>Competência em sede dos Juizados Especiais Federais Cíveis.....</i>	81
2.5.3	<i>Princípios norteadores dos Juizados Especiais Federais Cíveis.....</i>	83
2.5.3.1	Princípio da efetividade.....	84
2.5.3.2	Princípio da oralidade.....	84
2.5.3.3	Princípios da simplicidade e informalidade.....	85
2.5.3.4	Princípios da economia processual e celeridade.....	86
2.6	Breve referência ao rito dos Juizados Especiais Federais Cíveis.....	86
2.7	A Conciliação como etapa obrigatória nos Juizados Especiais Federais Cíveis e a sua importância para o efetivo acesso à Justiça.....	87
3	A CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA PREVIDENCIÁRIO: ENTRE A GARANTIA E A LEI DO MAIS FORTE.....	91
3.1	O benefício de auxílio doença previdenciário como instituto de garantia.....	92
3.1.1	<i>Quando o segurado incapacitado para o trabalho bate às portas do Poder Judiciário, pleiteando a concessão do benefício de auxílio doença previdenciário.....</i>	92
3.1.2	<i>A perícia médica judicial, “a hora da verdade” e a sua natureza socialmente segregatória.....</i>	95
3.2	A conciliação nas ações de auxílio doença previdenciário.....	99
3.2.1	<i>A qualidade versus a quantidade de conciliações.....</i>	100
3.2.2	<i>A morosidade processual como fator de influência na conciliação.....</i>	101
3.2.3	<i>O INSS como litigante habitual.....</i>	104
3.3	O novo foro de “conciliação virtual” e a distância entre os	

	litigantes.....	106
3.4	Uma análise empírica do instituto da conciliação como garantia ou não do acesso à Justiça nas ações de concessão de auxílio doença previdenciário à luz da Lei 10.259/2001.....	111
3.4.1	<i>Gráficos numéricos e em valores gerados através de acordos celebrados entre os meses de agosto de 2016 e outubro de 2017 com os respectivos valores alcançados.....</i>	113
3.5	Do diagnóstico dos dados apurados.....	119
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
	REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

O destaque que a Previdência Social vem recebendo da mídia e da sociedade ao longo dos anos e, em especial, nos dias atuais é inegável. O número de trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social, por qualquer uma de suas modalidades, talvez em nenhum outro momento histórico da autarquia tenha sido tão elevado como atualmente, o que já seria uma razão plausível para justificar essa massiva presença de assuntos ligados à Previdência Social nos meios de comunicação.

Frente a esse destaque da Previdência Social na mídia surge para os segurados da autarquia uma série de dúvidas relacionadas às informações e, de modo particular, em relação às medidas a serem tomadas nas hipóteses de terem seus direitos relativos à Previdência e seus benefícios de algum modo violados ou obstruídos pelas autoridades administrativas e governamentais.

Também, é preciso destacar que o exame do instituto da Previdência Social e os meios de acesso a seus benefícios, talvez nunca tiveram tanta relevância no Brasil como atualmente, visto que se divulga, quase que diariamente na maior parte dos meios de comunicação, o desejo da atual administração pública federal de promover mudanças na Lei nº 8.213/91¹ (mudanças as quais chamam de “reforma” da Previdência) para, segundo ela (administração pública), preservar a saúde atuarial do INSS.

Não obstante ao que sejam essas mudanças, bem como os resultados que delas poderão advir, é muito provável que a relevância desse trabalho se estenda no curso do tempo, pois a iniciativa da atual administração pública federal está longe de ser inédita no Brasil, visto que, ao longo de décadas, todos os grupos políticos que se instalaram no governo tentaram (cada qual a sua maneira) promover alterações no regimento da Previdência Social, de modo que é possível concluir que essa “tendência” não vá cessar no futuro.

Todavia, mesmo as mudanças realizadas pelos governos passados, como aquelas almejadas pelo atual e, muito provavelmente, as que serão propostas pelos governos futuros têm, e tiveram, o objetivo claro de “dificultar a concessão de benefícios”, tais como alterações para a obtenção de aposentadorias, pensões por

¹ A Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 dispõe sobre planos de benefícios do Regime Geral da Previdência Social sendo o principal diploma infraconstitucional a regular a matéria.

morte, auxílio-reclusão e benefícios por incapacidade, apenas para mencionar alguns.

Os segurados que ingressaram no Regime Geral de Previdência Social, nas últimas décadas, foram surpreendidos com inúmeras mudanças que alteraram as regras para a concessão de benefícios e, conseqüentemente, foram lançados a uma realidade de absoluta insegurança jurídica com relação ao que estava vigendo ao tempo do ingresso no Regime e como seria possível, através de medidas a serem tomadas, protegerem-se de eventuais prejuízos advindos dessas alterações.

As mesmas indagações feitas pelos segurados a cada uma das alterações, ou tentativas de alterações noticiadas nos meios de comunicação na iminência de suas ocorrências, tornaram a ser feitas pelos segurados recentemente, ocasião em que mais uma vez a atmosfera de insegurança diante do que esta por vir toma conta daqueles que já estão inseridos no Regime Geral de Previdência Social.

E como elementos centrais dessas indagações estão, qual ou quais, os melhores e mais eficazes meios de acesso à justiça, na hipótese da deflagração da “injustiça” de serem privados do acesso a seus direitos como segurados contribuintes da Previdência Social, conquanto tenham preenchido, total ou parcialmente, os requisitos exigidos na época do ingresso aos quadros do Regime Geral e defrontados agora com a modificação das regras anteriormente expostas que tangem aposentadorias, pensão por morte, auxílio-reclusão e benefícios por incapacidade.

Quando no passado advieram modificações nas regras do Regime Geral de previdência Social, ampliando o período de carência para a obtenção de um determinado benefício (sobretudo com relação às aposentadorias), a saída mais comum adotada pelos governos foi a criação de “pedágios”² para minimizar os efeitos nefastos das modificações para os segurados que ingressaram no Regime sob uma outra regra.

Naturalmente, a implementação de “pedágios” não eliminou o prejuízo causado aos segurados quando de modificações no Regime Geral de Previdência Social, obrigando esses indivíduos a buscarem meios de defenderem-se dessas

² O pedágio a que se refere o parágrafo, no direito previdenciário, diz respeito a um período adicional de recolhimento para os segurados os quais já estavam filiados ao Regime Geral de Previdência Social quando da modificação das regras para concessão de algum benefício. Em geral (assim o foi no passado), os Pedágios acrescentam a porcentagem de 40% (quarenta por cento) ao período de carência sobre o tempo que ainda faltaria ser cumprido pelo segurado na ocasião da mudança.

alterações de regras, o que, comumente, ocorre através do ingresso de ações judiciais visando à concessão de benefícios.

Por esses motivos todos que denotam a importância do tema identifica-se também o impasse a ser enfrentado o que, de modo bem objetivo, diz respeito a de que modo o segurado da Previdência Social, que tenha contraído doença incapacitante para o trabalho e teve o benefício indeferido pela autarquia, pode, com maior grau de sucesso, reverter à decisão do INSS que o privou do direito alimentar.

E é justamente neste eixo da Previdência Social, combinado com meios de acesso aos seus benefícios, que são espécie do gênero maior a ser perseguido (acesso à Justiça) que repousa o objetivo do estudo a ser realizado.

A ideia central desse estudo é, trabalhando com a modalidade do benefício previdenciário de auxílio- doença, examinar os modos a que o segurado contribuinte da autarquia previdenciária pode ter garantido o acesso à concessão desse benefício nas hipóteses de indeferimento administrativo e, entre as alternativas disponíveis ao segurado, qual seria a mais efetiva como “garantia do direito de acesso à justiça”, sob a perspectiva daqueles que, em não tendo condições, ainda que temporárias para o trabalho, necessitam do benefício previdenciário.

O meio de acesso à justiça eleito para verificação do modo mais efetivo na concessão do benefício de auxílio-doença previdenciário foi o do instituto da “conciliação”, etapa processual nos Juizados Especiais Federais Cíveis que são regidos pela lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, diploma legal que criou e balizou as diretrizes dos Juizados em nível federal e que também será objeto desse trabalho.

Então, alicerçado nesses institutos, pode-se afirmar que o objetivo maior aqui perseguido é o de verificar, se, e em que medida, o direito fundamental à Previdência Social e, de modo específico, o benefício por ela contemplado de auxílio doença previdenciário pode ou não ser obtido pelos segurados, em casos de atos arbitrários e até ilegais da autarquia, através da “conciliação” prevista como “passagem processual” obrigatória nos Juizados Especiais federais Cíveis.

Desse modo, a depender dos resultados a serem verificados nesse trabalho, poder-se-á concluir se a conciliação tem ou não a capacidade de ser um veículo seguro e efetivo de acesso à justiça, ou “restauração da justiça”, para aqueles segurados da Previdência Social que, sem condições de labor, ainda que

temporário, viram-se privados de um direito de natureza genuinamente alimentar que é o auxílio-doença previdenciário.

Caso o resultado deste estudo aponte para a eficácia da conciliação como instrumento de efetivo acesso à justiça para os segurados do Regime Geral de Previdência Social que tiveram indeferido o benefício de auxílio-doença previdenciário na esfera administrativa, estaremos diante da quebra do paradigma (hoje dominante na sociedade brasileira) de que somente por meio da prestação jurisdicional é possível alcançar direitos e, principalmente, direitos fundamentais tal como a Previdência e seus benefícios.

Assim, pretendemos examinar se, após a análise dos resultados posteriormente obtidos, mesmo em conflitos envolvendo direitos fundamentais (Previdência Social), a utilização de meios alternativos de acesso à justiça³ tem ou não a capacidade de serem canais seguros, eficazes e efetivos na busca e alcance a esses direitos.

Para averiguar tal possibilidade ventilada no parágrafo anterior, este trabalho estará dividido em três capítulos, sendo que o primeiro realizará uma abordagem acerca do instituto da Previdência Social como instituição de garantia, ocasião em que será apresentado o seu conceito, finalidade, benefícios por ela abrangidos, regimes de filiação e, sobretudo, realizar-se-á uma análise da Previdência Social como direito fundamental, a qual será precedida por uma abordagem sobre direitos fundamentais sob as duas linhas eleitas para o trabalho.

No primeiro capítulo, será apresentada uma perspectiva da Previdência Social no direito comparado, mais precisamente a natureza com que o instituto está revestido em países (ou grupo de países) de diferentes traços sociológicos a fim de demonstrar qual o real significado da Previdência na ordem social brasileira.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo do instituto da “conciliação” como meio alternativo de acesso à justiça e a sua importância nos Juizados Especiais Federais que, conforme será possível constatar, empresta ao instituto uma elevada importância.

³ Quando mencionamos aqui a meios alternativos de acesso à justiça, ou mesmo, meios alternativos de solução de conflitos, estamos nos referindo à “prestação jurisdicional” como sendo o instituto padrão ao qual se busca a alternância. Isso porque, conforme restará demonstrado no curso do estudo, há no Brasil, de modo quase hegemônico, a cultura do “litígio”, sendo, portanto, a “prestação jurisdicional” o meio mais lembrado e exercido de acesso à justiça.

Nesse capítulo, examinar-se-ão aspectos próprios do ser humano e algumas de suas características, ocasião em que, imediatamente após, serão repassados os principais meios de acesso à justiça praticados no curso do tempo, com alguns comentários acerca das diferentes modalidades de resolução de conflitos já experimentados na história humana.

É também, no segundo capítulo, que será realizada uma abordagem acerca do acesso à justiça e, de modo especial, com relação aos desafios encontrados para tal, com ênfase aos obstáculos mais conhecidos para a sua realização.

Por fim, o segundo capítulo trará alguns comparativos entre diferentes formas de acesso à justiça, em particular tendo a conciliação como referência, juntamente com uma explanação mais detalhada sobre os Juizados Especiais Federais Cíveis, abordando seu rito, competência, princípios norteadores e culminando com um breve apanhado histórico desse modelo processual.

O terceiro e derradeiro capítulo iniciará com algumas ponderações novamente acerca da natureza alimentar do benefício de auxílio-doença previdenciário e, imediatamente, irá abordar as circunstâncias que, na maioria das vezes, envolvem o segurado frente à decisão de entrar ou não com processo judicial para concessão do benefício, trazendo comparativos com a posição do INSS como autarquia federal que indeferiu o pleito na esfera administrativa.

Em seguida, realizar-se-á a abordagem acerca de eventuais desigualdades havidas entre o agora autor/segurado e o INSS, desde o ingresso daquele em juízo, até a realização da perícia médica judicial, dando ênfase para as possibilidades do autor/segurado e do INSS na elaboração de quesitos, e, posteriormente na capacidade de cada um na etapa de impugnação do laudo.

Posteriormente, será realizado um apanhado acerca das diferenças que envolvem novamente o autor/segurado e a autarquia previdenciária na etapa da “conciliação”, (tema central desse estudo) e de que forma as condições de cada um dos litigantes evolui até a realização dessa etapa processual, com ênfase em alguns aspectos que por ventura possam favorecer alguma das partes no momento da realização da audiência de conciliação.

Também nesse capítulo será apresentado o novo modelo de conciliação que vem sendo utilizado nas subseções federais do TRF 4ª Região, denominado “Fórum de conciliação virtual”, ocasião em que se examinará o seu procedimento, as opções

por ele disponíveis e, em especial, como essa nova tecnologia pode ser considerada conciliação levando-se em conta as características fundamentais do instituto.

Ao fim, será realizada uma pesquisa empírica sobre a eficácia ou não da conciliação nas ações visando à concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença nos Juizados Especiais Federais, objeto desse trabalho.

A metodologia aplicada na realização da pesquisa foi o método hipotético-dedutivo, no qual foram coletados dados oriundos da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre⁴ no intervalo temporal compreendido entre os meses de agosto de 2016 e outubro de 2017.

Os dados utilizados na realização da pesquisa referem-se apenas a benefícios previdenciários que, originalmente, tramitaram através dos Juizados Especiais Federais Cíveis, não estando compreendido na esfera da Vara nenhum processo previdenciário que tenha tramitado através do rito ordinário, o que, se coaduna com os temas aqui trabalhados.

Conforme será referido no curso do estudo, os números aplicados na realização da pesquisa nos foram fornecidos de maneira informal por servidores e pela própria magistrada titular da Vara, uma vez que, em face da sua recente criação, não ter sido possível ainda, segundo os servidores, tornar essas informações públicas, nem via sítio da Justiça Federal, tampouco por qualquer meio escrito, pela precariedade e insuficiência de dados.

Dessa forma, a pesquisa empírica realizada foi qualitativa, ocasião em que se observou o número bruto de acordos celebrados no período preteritamente referido e, por meio de gráficos, examinou-se a evolução numérica e percentual de acordos, subdividindo-os em modalidades de benefícios previdenciários, forma pela qual os acordos foram realizados e valores financeiros gerados através de acordos naquele intervalo temporal.

Naturalmente, a observação empírica privilegiou a evolução de acordos realizados nos processos visando à concessão de auxílio-doença previdenciário, tendo sido possível, mesmo com a insuficiência de dados e certa (ainda que mínima) divergência entre si, extrair importantes conclusões acerca da conciliação como garantia do direito de acesso à justiça, em particular nas ações de concessão de

⁴ A escolha pela 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre se deu em razão dela ser a primeira e única Vara Federal do Brasil destinada, especificamente, para a realização de conciliações, de modo que, entre as matérias objetos dessas conciliações estão as ações visando benefícios previdenciários, e de modo especial, ações visando à concessão de benefícios por incapacidade.

auxílio-doença que tiveram seu trâmite através dos Juizados Especiais Federais Cíveis.

Também foi possível, por meio da evolução do número de acordos e também dos valores por eles alcançados apresentados nos gráficos, realizar comparações entre aqueles advindos de ações, visando à concessão de auxílio-doença, objeto desse estudo, com os acordos visando os demais benefícios contemplados pelo INSS e, também oriundos dos Juizados Especiais Federais Cíveis.

Dessa forma, dada à finalidade exclusivamente conciliatória da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre e, sobretudo, por abarcar apenas processos advindos dos Juizados Especiais Federais Cíveis no que concerne matéria previdenciária, foi assumido o desafio de trabalhar com dados embrionários e ainda não publicados, não obstante a inquestionável credibilidade que os revestem.

Por certo, no futuro, quem se aventurar a pesquisar tema semelhante ou de alguma outra natureza que seja de competência da Vara de conciliação poderá valer-se de números bem mais precisos e elaborados, os quais, certamente estarão disponíveis para consulta em amplos veículos de pesquisa, realidade diversa da que encontramos ao optar por este caminho.

1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA

1.1 Conceito de Previdência Social e sua finalidade

Antes de adentrarmos nos aspectos técnicos e jurídicos da Previdência Social, é absolutamente necessário que se compreenda que o instituto em análise encontra sua finalidade última na proteção ao trabalho, ou melhor; na proteção e defesa dos interesses do trabalhador seja amparando-o em alguma hipótese de impossibilidade temporária ou definitiva para o trabalho, tais como doença, acidente do trabalho ou reclusão, seja garantindo-lhe uma vida digna após o preenchimento de determinados requisitos concernentes à aposentadoria (ou jubramento) por tempo de serviço ou por idade.

Ainda sobre a relação entre previdência e trabalho, assim define Ribeiro (2001, p.81):

Vamos encontrar a vertente da previdência no trabalho, como seguro social destinado a proteger a população economicamente ativa, de sorte que a questão da Previdência Social perpassa a proteção dos direitos à cidadania, da igualdade, da dignidade, da justiça social, da solidariedade e, sobremaneira, os valores sociais do trabalho, a quem está necessário e definitivamente imbrincado.

Desse modo, e pelas conclusões acerca de Previdência Social e trabalho, não obstante a doutrina acima colacionada refira, com razão, que o objetivo da autarquia é a proteção da população economicamente ativa, essa regra também se destina a garantir os interesses de parcela da população economicamente inativa, visto que o trabalhador, ao completar o tempo mínimo de contribuição, ou preencher o requisito etário para a concessão do jubramento, deixa de pertencer à faixa da considerada “população economicamente ativa (PEA)”, para ingressar no grupo classificado como “população economicamente inativa,” ou, mais precisamente, “população não economicamente ativa (PNEA)”⁵.

Compreendida a primeira e fundamental noção de que há uma esfera inexoravelmente vinculante entre a Previdência Social e o trabalho, mais

⁵ Os conceitos sobre população economicamente ativa (PEA), e população economicamente inativa ou população não economicamente ativa (PNEA) foram extraídos do site do Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. (IBGE): Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme/pmemet2.shtm>> Acesso em: 18 jul. 2017.

precisamente entre o trabalhador e sua segurança enquanto ente economicamente ativo ou após o jubramento, por sua numerosa rede de benefícios juridicamente previstos para salvaguardar seus interesses, é possível adentrar em um exame mais profundo sobre o instituto em suas múltiplas características.

Todavia, para o melhor entendimento acerca do instituto da Previdência Social tal como é regido no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se considerar que ele é uma das três modalidades que compõem a Seguridade Social.

Além da Previdência, a Seguridade Social contempla a Assistência Social e a Saúde, todas mantidas de modo integrado pelo Poder Público e pela sociedade nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.212/91.

Entretanto, ao contrário da Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde têm natureza gratuita, não sendo exigido como pré-requisito para a sua obtenção nenhum tipo de contraprestação, uma vez que ambas são asseguradas pela Constituição Federal enquanto direitos sociais de prestação Estatal obrigatória.

Já a Previdência Social se distingue dos outros dois institutos que com ela compõem a Seguridade Social pelo fato de sua prestação, por parte do Estado, estar vinculada à prévia contribuição pecuniária, o que, uma vez ocorrendo, eleva o cidadão contribuinte à categoria de “segurado” do instituto, fazendo jus a todos os direitos e garantias a ele inerentes.

Segundo Tavares (2002, p. 13)

A previdência no Regime Geral de Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, desemprego involuntário, morte e reclusão. Ocorrendo um risco social – o “sinistro” (que afasta o trabalhador da atividade laboral), caberá à Previdência Social a manutenção do segurado ou de sua família.

Desse modo, resta incontroverso o fato de a Previdência ser um direito social pertencente ao rol de institutos previstos na Seguridade Social, apresentando-se com formatação de seguro público (organizado e mantido por uma autarquia pública federal), coletivo (aberto a todos os indivíduos que, preenchendo determinados requisitos, assim desejarem) e compulsório (obrigatório a determinada classe de trabalhadores).

Nesse diapasão, há que se fazer importante distinção, quando do emprego do vernáculo “seguro”, tal como previsto no Código Civil que contempla uma *relação*

jurídica de direito privado, com o seu sentido, quando empregado para referir à relação previdenciária, uma vez que nesta não há o exercício de autonomia da vontade, sendo sua filiação compulsória e, portanto, conforme mencionado no parágrafo anterior, organizada e mantida pelo Poder Público.

Apesar de ser muitas vezes denominada seguro, a Previdência Social não se apresenta como tal, pois não admite manifestação de vontade uma vez que seu beneficiário se filia de forma compulsória, eliminando a natureza contratual que se apresenta no seguro puro. Ocorrendo a vinculação compulsória e automática sem manifestação de vontade, caracterizado está o império do Poder Público e assim a Natureza Jurídica de Direito Público (DE ALENCAR, 2015).

No caso da Previdência Social, ela figura na relação previdenciária como seguradora, ao passo que, conforme já mencionado, uma vez cumpridos os requisitos próprios de cada modo de filiação, o indivíduo passa a ser segurado da autarquia, estando apto a gozar de todos os benefícios previstos em lei conforme as condições próprias para obtenção de cada benefício estabelecidas no diploma legal.

1.1.1 A Previdência Social e o Estado de bem-estar

Compreendidas as noções fundamentais acerca da Previdência Social, resta absolutamente clara a relação direta do instituto em análise com o fator “risco social”, entendido como tal, não apenas os riscos próprios da atividade laborativa que podem estar presentes, em maior ou menor escala a depender da atividade exercida, mas como os riscos advindos do simples fato de existir, a que, todas as pessoas estão irremediavelmente suscetíveis pela mera condição humana.

Como consequência lógica dos “riscos sociais” a que a Previdência Social se dispõe a resguardar, está a proteção ao indivíduo ou a sua família do “estado de pobreza”, que os podem atingir uma vez esgotada involuntariamente a força de trabalho do indivíduo, seja por incapacidade laboral, seja por velhice, seja mesmo por morte, ocasião em que, uma vez segurado da previdência social, gera a seus dependentes o benefício de “pensão por morte”.

Embora não seja objeto específico desse trabalho, e seja objeto de nota nas próximas linhas, merece destaque, ainda que brevemente, o benefício de auxílio-reclusão que, ao contrário do que é amplamente noticiado nos meios de comunicação e nas “redes sociais”, não é dirigido ao detento, mas sim aos seus

dependentes que, uma vez desprovidos do sustento eventualmente prestado pelo detento, não podem ficar à margem do Estado, desde que, naturalmente, o detento detenha, à época da reclusão, “qualidade de segurado”, ou esteja no chamado “período de graça⁶”:

E embora sofra um enorme preconceito por parte da sociedade, é necessário deixar claro que esse auxílio não é prestado diretamente ao detento, mas sim aos seus dependentes, isso se ele era segurado da Previdência Social, de modo que seus dependentes não fiquem financeiramente desamparados.

Podemos então conceituar o auxílio-reclusão como um benefício previdenciário de prestação continuada, que é devido aos dependentes do preso, que é segurado e que, em virtude de sua prisão, encontra-se impedido de auferir renda que proporcione sustento próprio e familiar, ou seja, sendo como principal objetivo do auxílio a garantia da sobrevivência e o mínimo de dignidade do núcleo familiar, diante da ausência temporária do provedor (MALVES, 2017).

Desse modo é certo que, sendo o auxílio-reclusão uma das espécies de benefícios contemplados pela Previdência Social, uma vez preenchidos os requisitos de “carência” e “qualidade de segurado” a família do indivíduo recluso deve perceber os valores referentes a tal benefício visto que o mesmo se presta exatamente para resguardar a subsistência do núcleo familiar na hipótese de reclusão do então segurado.

As expressões “situação” ou “estado de pobreza”, em suas diferentes definições podem ser assim conceituadas:

Os sociólogos e os pesquisadores preferem utilizar duas abordagens diferentes para a pobreza: *pobreza absoluta* e *pobreza relativa*. O conceito de **pobreza absoluta** fundamenta-se na ideia da subsistência- as condições básicas que devem ser preenchidas para que se mantenha uma existência fisicamente saudável. Quem carece dessas necessidades fundamentais para a existência humana- como alimentos suficientes, abrigo e roupas- é classificado como um indivíduo que vive na pobreza. O conceito de pobreza absoluta é visto como universalmente aplicável, Acredita-se que os padrões de subsistência humana sejam mais ou menos iguais para todas as pessoas que tiverem idade e porte físico equivalentes, independentemente de onde morem. Pode-se dizer que qualquer indivíduo que se enquadre nesse padrão universal em qualquer parte do mundo, vive na pobreza.

⁶ Conforme referido nas linhas acima o indivíduo torna-se segurado da previdência social mediante previa contribuição. Todavia há hipóteses previstas na legislação que, mesmo sem contribuições anteriores ao “sinistro”, o sujeito mantém a qualidade de segurado por tempo que varia de um a até 3 anos a contar do último recolhimento e, a esse período, chama-se “período de graça”. Os critérios estão previstos no artigo 15 e seus incisos da Lei nº 8.213/91.

Porém, nem todos aceitam a ideia de que um tal padrão possa ser identificado. De acordo com essas pessoas, seria mais apropriado empregar o conceito **pobreza relativa**, o qual relaciona a pobreza ao padrão de vida geral predominante em uma sociedade específica. Os defensores do conceito de pobreza relativa acreditam que a pobreza seja definida culturalmente, não devendo ser medida segundo um padrão universal de privação. É errado supor que as necessidades humanas sejam idênticas em todos os lugares- na verdade elas diferem tanto dentro quanto através das sociedades. Coisas que são vistas como essenciais em uma sociedade podem ser consideradas artigos de luxo em outra. Por exemplo, na maioria dos países industrializados, a água corrente, os vasos sanitários com descargas e o consumo regular de frutas e verduras são considerados necessidades básicas para uma vida saudável; poderia se dizer que, quem vive sem esses itens, vive na pobreza. No entanto, em muitas sociedades em desenvolvimento, esses itens não representam o padrão entre a maior parte da população, e não faria sentido medir a pobreza de acordo com a presença ou falta deles (GIDDENS, 2005, P 255).

Dessa forma, e pelo anteriormente exposto, não pairam dúvidas de que a finalidade da Previdência Social é a de minimizar os riscos a que o indivíduo em pleno exercício laborativo, ou pertencente à “população economicamente ativa” está submetido, tanto pelo trabalho como pelo seu mero existir enquanto ser humano, e que possam furtar-lhe a capacidade de trabalho, eliminando assim não somente a possibilidade de prover o seu sustento, mas o de sua família, o que, em última análise, o remeteria à condição de pobreza, já abordada nas linhas acima.

Nesse diapasão, por ter a Previdência Social um fim último de oferecer proteção e segurança ao conjunto da sociedade, em alguns países, entre os quais o Brasil, conforme esclarecido no item precedente, ela é revestida de uma natureza chamada universal, ou seja, é um instituto ao alcance de qualquer cidadão que porventura deseje dele fazer parte, possibilitando-lhe a sua inclusão na rede protetora de benefícios da Previdência mediante a prévia “filiação” a qualquer um dos regimes existentes, considerando a atividade exercida e características de cada regime, conforme já examinado nesse trabalho.

Sendo a Previdência Social instituto de alcance universal, por consequência lógica, são também universais os benefícios por ela contemplados, uma vez que, atendido o requisito de filiação prévia a qualquer um dos regimes disponíveis em consonância com seus critérios próprios, o indivíduo torna-se “segurado” da Previdência, tendo direito a usufruir dos seus meios de proteção, conforme leciona Giddens:

Uma das principais diferenças entre os modelos assistenciais está na disponibilidade de benefícios para a população. Nos sistemas

previdenciários que oferecem benefícios universais, a previdência social, sempre que necessária, é um direito a ser usufruído igualmente por todos, independentemente do nível de renda ou de status econômico. Os sistemas previdenciários baseados em benefícios universais são planejados para assegurar a satisfação contínua das necessidades assistenciais básicas a todos os cidadãos (GIDDENS, 2005, p. 272).

É justamente na universalidade da Previdência Social que repousa a essência de tal instituto, haja vista que, uma vez facultada a sua filiação a todo e qualquer cidadão que assim deseje, assume um enfoque de “garantia” disponível a todos, bastando para tal o preenchimento dos requisitos próprios previstos em lei.

Com relação ao prisma notadamente garantista com que a Previdência Social é revestida, é correto compreender que o modelo de Previdência Social tal como o atual, encontra suas origens intrinsecamente ligadas ao que se pode definir como reforma do Estado Assistencial, motivada, sobretudo, pelo crescimento das sociedades industriais, configurando notável progresso no que diz respeito a direitos de cidadania, conforme descrito por Giddens na perspectiva de Marshall:

“Na década de 1960, Marshall escreveu que a previdência social era um resultado do desenvolvimento progressivo dos direitos da cidadania lado a lado com o crescimento das sociedades industriais” (GIDDENS, 2005, p. 272).

Atualmente, se somam ao fator original do desenvolvimento dos direitos da cidadania (industrialização), nesse caso a Previdência Social, fatores outros como a globalização, a migração, mudanças no que diz respeito à composição familiar nas suas diversas perspectivas, desenvolvimento tecnológico entre outras alterações no trabalho e na estrutura da sociedade, que, fazem com que a Previdência Social evolua e ocupe papel central de núcleo protetor dos indivíduos face às novas realidades.

Historicamente, muitas são as classificações, escalas e modelos atribuídos à Previdência Social nos mais diversos países no curso do tempo. Entretanto já nos anos de 1990, foi Esping-Andersen que identificou três tipos de regimes previdenciários variáveis conforme a política adotada em relação a pensões, a desemprego e a auxílio financeiro por diferentes países, e, a essa classificação criada, denominou-se “as três esferas da previdência social”.

O primeiro modelo, ou tipo de regime previdenciário apresentado por Andersen, é aquele definido como social-democrata que, em última análise, tem

como principal característica o fato de ser extremamente *decommodified*⁷, ou seja; está na categoria de “bens universais”, subsidiados quase que inteiramente pelo Estado e disponíveis a todos os cidadãos.

Socialdemocrata - Os regimes previdenciários social-democratas são altamente *decommodified*. Os serviços assistenciais são subsidiados pelo Estado e estão disponíveis a todos os cidadãos (benefícios universais). A maioria dos países escandinavos são exemplos de regimes social-democratas (GIDDES, 2005, p. 273).

Pela redação dada na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 194, parágrafo único, inciso I, e, sendo a previdência social integrante da seguridade social, é indiscutível a sua abrangência “universal”, de modo que, de antemão, já é possível considerar o modelo previdenciário brasileiro, ou de toda a Seguridade Social como pertencente ao modelo social-democrata.

Enfim, o nosso modelo securitário mantém estreitos laços com o modelo Beveridgiano, conjugado às principais características do regime social-democrata, sobretudo no que toca à total assunção dos riscos sociais pelo Estado, o que torna nosso modelo *sui generis*. É verdade que somente quem contribui individualmente faz jus a benefícios previdenciários, entretanto, aqueles que não podem contribuir não ficam totalmente a descoberto, sendo alcançados pela Assistência Social, cuja filosofia é de Seguridade Social, que independe de contribuição (BARROS, 2012).

O segundo grupo ou modelo previdenciário definido pelo autor é o chamado Conservador-corporativista, que, embora guarde semelhança com o primeiro, no que concerne à natureza precípua da previdência social, de resguardo aos efeitos nefastos dos riscos da vida, difere-se no que diz respeito ao alcance universal dos benefícios disponíveis que, ao contrário do primeiro, levam em consideração a posição social da pessoa. Quanto mais elevada sua posição na sociedade e maiores os rendimentos, mais amplo é o leque de benefícios a ele disponíveis.

Conservador-corporativista- Em Estados conservadores-corporativistas, como a França e a Alemanha, os serviços assistenciais podem ser altamente *decommodified*, mas não necessariamente universais. A quantidade de benefícios aos quais um cidadão tem direito depende da sua posição na sociedade. Esse tipo de regime previdenciário pode não visar à

⁷ A expressão *decommodified* que na tradução para língua portuguesa refere-se à palavra “desmantelado”, sob a perspectiva criada por Esping-Andersen significa o grau de liberdade dos serviços sociais em relação ao mercado. Quanto maior o nível de *decommodified* de um regime previdenciário, menor a sua vinculação à renda ou aos recursos econômicos do indivíduo.

eliminação das desigualdades, mas a manutenção da estabilidade social, da solidez familiar e da lealdade ao Estado (GIDDENS, 2005, p. 273).

Por último está o modelo liberal de previdência que, ao contrário dos dois regimes anteriores, é considerado quase que completamente *commodified*⁸, estando disponível no mercado para a sua “aquisição” por quem quer que seja. Por esse modelo, não estão descartados benéficos assistenciais a pessoas em condições absolutamente precárias de vida, entretanto há, por parte da sociedade, um enorme preconceito em relação a esses benefícios e a seus beneficiários.

Liberal- Os Estados Unidos são um exemplo de um regime previdenciário liberal. A previdência é altamente *commodified* e vendida no mercado. Benefícios destinados a cobrir a carência de recursos são disponibilizados aos indivíduos muito necessitados, mas passam a ser extremamente estigmatizados, pois se espera que a maioria da população adquira seu próprio plano de previdência por meio do mercado (GIDDENS, 2005, p. 273).

1.1.2 Regimes de filiação

A previdência social, tal como classificada no Brasil, está dividida em três regimes distintos, quais sejam; Regime Geral de Previdência Social, Regimes de Previdência de Agentes Públicos Ocupantes de Cargos Efetivos e Vitalícios, também conhecido como Regimes Próprios de previdência Social, e Regimes de Previdência Complementar.

O Regime Geral de Previdência Social é aquele destinado à proteção de todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou de trabalhadores de autarquias regidas pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

É imperioso esclarecer que o regime eleito para a realização dessa pesquisa é o Regime Geral de Previdência Social, do qual serão extraídas todas as conclusões a que essa pesquisa se dispõe, inclusive pelo fato do regime em apreço abranger a esmagadora maioria dos segurados da previdência, sendo, portanto, o estudo acerca do regime geral, a nosso ver, o que melhor representa o propósito social atribuído pela Constituição de 1988 à Seguridade Social.

⁸ Ao contrário do termo *decommodified* a expressão *commodified* tem significado oposto, ou seja; são antônimos, razão pela qual a sua compreensão pode ser no sentido de “organizado”, mas que para fins desse estudo são aqueles benéficos disponíveis no mercado passíveis de livre aquisição como outra mercadoria qualquer.

1.1.3 Dos segurados da previdência social

Conforme anteriormente referido, embora a Previdência Social faça parte dos demais institutos que compõe a Seguridade Social, ela tem como característica a natureza jurídica de seguro que, embora público e compulsório, é regido de modo semelhante aos seguros privados que, mediante prévia filiação, alçam o cidadão contribuinte (beneficiário) à condição de segurado, conforme redação do art. 9º e seus parágrafos do decreto n. 3.048/99, que estabelece como segurados obrigatórios o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial.

O mesmo decreto, no art. nº 11 considera como segurado facultativo, preenchidos os requisitos do caput do artigo, a dona de casa, o síndico de condomínio quando não remunerado, o estudante, o brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior, aquele que deixou de ser segurado obrigatório da Previdência Social, o membro de conselho tutelar quando não esteja vinculado a qualquer regime de Previdência Social, o bolsista e o estagiário que prestam serviços à empresa, o bolsista que se dedique em tempo integral à pesquisa, curso de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, no Brasil ou no exterior, desde que não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social, o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social, o brasileiro residente ou domiciliado no exterior, salvo se filiado a regime previdenciário de país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional, e o segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria.

Importante destacar que, além da filiação ao regime, a Lei também exige, para elevar o cidadão à qualidade de segurado, contribuição prévia para o custeio das prestações, de modo compulsório ou facultativo, com exceção daqueles que, embora não mais contribuintes, permaneçam blindados pelo período de graça e, portanto, preservem a condição de segurados.

1.1.4 Benefícios abrangidos pela previdência social

Em linhas gerais, a Previdência Social, tal como está positivada na Lei nº 8.213/91 contempla a prestação dos seguintes benefícios: auxílio-reclusão, pensão por morte, salário-família, salário maternidade, aposentadoria especial, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e auxílio-doença.

Os três últimos benefícios referidos no parágrafo anterior estão consagrados na Lei nº 8.213/91 para hipóteses de incapacidade para o trabalho, sendo que o benefício de auxílio-doença previdenciário será o objeto específico dessa pesquisa, por tratar-se de benefício de natureza alimentar, próprio para situações de incapacidade temporária para o trabalho devidamente incorporado à Previdência Social.

Outro aspecto que foi levado em consideração para a escolha do benefício de auxílio-doença previdenciário como objeto específico da pesquisa empírica a ser realizada no capítulo final desse estudo é o fato de ser, entre os demais benefícios por incapacidade, o que talvez demande maior celeridade possível na sua concessão, visto que se presume que o segurado que o reivindica encontrava-se em pleno exercício de atividade laboral ao tempo do seu requerimento, tendo, por força de doença incapacitante para o trabalho, a súbita cessação de sua fonte precípua de renda e de sua família, motivo pelo qual, uma vez frustrada a demanda, administrativamente, exige do Poder Judiciário maior rapidez nos tramites processuais.

1.2 A Previdência Social como Direito Fundamental

1.2.1 Dos Direitos Fundamentais

Preambularmente, e para a melhor compreensão da natureza de garantia constitucional atribuída à Previdência Social na Constituição Federal de 1988 é imperioso realizar uma análise sobre os direitos fundamentais, sua importância e alguns aspectos doutrinários sobre tais direitos.

A relação entre Previdência Social e direitos fundamentais impõe-se à medida que, conforme se verá mais adiante, pela natureza aberta do catálogo de direitos

fundamentais consagrados na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, o instituto previdenciário está positivado na Constituição nessa condição, sendo então indissociável para uma correta abordagem sobre a previdência social um estudo, ainda que breve, sobre os direitos fundamentais.

Todavia, antes de adentrarmos no exame precípua do que vêm a ser os direitos fundamentais e suas perspectivas com relação à Previdência Social é importante esclarecer que esse estudo aborda tais direitos através de duas linhas teóricas distintas, sendo a primeira desenvolvida por Ingo Sarlet, e a segunda, a qual nos filiamos, pelo jusfilósofo florentino Luigi Ferrajoli.

A distinção entre as linhas teóricas acima mencionadas se dá por não haver consenso entre os dois autores acerca das definições de direitos fundamentais, o que se denota claramente pelas palavras de Sarlet na sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”.

Igualmente problemática – no mínimo pelas razões já apontadas- parece-nos a adoção da proposta formulada por Ferrajoli, que advoga uma definição formal de direitos fundamentais embasada única e exclusivamente no critério da titularidade universal, prescindindo da natureza dos interesses e necessidades tutelados, de tal sorte que fundamentais seriam aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos (SARLET, 2015, p.75-76).

Entretanto, a divergência acima referida não é incomum, sendo que os direitos fundamentais são objetos de controvérsias, desde a sua definição terminológica até a sua compreensão de conteúdo e abrangência, razão pela qual, conforme referido no parágrafo anterior, serão apresentados sob dois pontos de vista divergentes ressalvadas suas diferenças.

Inicialmente é importante destacar que não há, na doutrina, unanimidade terminológica acerca do que vem a ser os direitos fundamentais, sendo que não raramente, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade) outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direito do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para refletir algumas das mais importantes (SARLET, 2015, p. 27).

Pelos esclarecimentos de Sarlet, embora não haja uma terminologia unânime, ou um conceito cerrado sobre o que vem a ser os direitos fundamentais, é

perceptível, pelas nomenclaturas apresentadas, que eles se referem a uma série de direitos intrínsecos à própria condição ou à natureza humana, individual ou coletiva, ou seja, são direitos que fazem parte da essência do ser humano, independentemente de qualquer requisito ou pré-condição que deva ser cumprida, para que se torne titular de tais direitos e respeitado como tal.

1.2.2 A categorização de Ingo Sarlet

Os direitos fundamentais, tais como referidos pela doutrina, são aqueles que acompanham o ser humano de modo pleno, do nascimento à morte; são para a espécie humana tão importantes e imprescindíveis, que não cabe nem mesmo ao próprio titular dispor de tais direitos visto que, pelo caráter intransponível que assumem, servem para proteger o indivíduo inclusive dele próprio.

Quanto às dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais é certo que os de primeira dimensão correspondem aos direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (SARLET, 2015, p. 47).

Nessa seara, é muito importante entender os direitos fundamentais de primeira geração como uma “proteção” ou uma “garantia Constitucional” oferecida pelo Estado contra atos do próprio Estado, não apenas ao que poderia se considerar “arbitrariedades” cometidas pelo Poder Público, mas como forma de “limitar” o poder do Estado.

Essa característica genuína dos direitos fundamentais de primeira geração compõe a essência ou a gênese da própria finalidade do que objetiva a Constituição, que é um conjunto de técnicas jurídicas e políticas que tem, como fim último, limitar o poder, tanto frente ao Estado constituído, como o poder a ser exercido pela própria maioria em detrimento das minorias, visto que a história é repleta de casos em que, por meio de normas democráticas formalmente instituídas, indivíduos utilizaram-se da democracia para acabar com ela, e o que é pior, com o prévio apoio das maiorias.

Os direitos de segunda dimensão ao contrário dos anteriores correspondem aqueles que demandam uma ação positiva do Estado, e não mais apenas a sua abstenção. Caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. (SARLET, 2015, p. 47).

Desse modo, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, os de segunda geração não mais reclamam uma abstenção por parte do Estado, mas sim uma conduta positiva dele que, frente às necessidades comuns ao ser humano, requerem uma prestação estatal para serem contemplados.

Nessa categoria de direitos fundamentais, encontram-se os direitos sociais que, por sua fundamentalidade, obrigam o Estado a uma ação prestacional desses direitos, sob pena, de não o fazendo, estar reduzindo o ser humano a uma posição oposta àquela preconizada pela essência de tais direitos, que é pautada no fundamento da dignidade da pessoa humana em seus múltiplos aspectos.

Ainda no que concerne às categorias dos direitos fundamentais, temos os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família-povo-nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2015, p. 48).

Quando do exame dos direitos fundamentais de terceira geração, a diferença básica entre as duas categorias pregressamente analisadas é a de que há um deslocamento da titularidade do “indivíduo” objeto do direito para um “grupo”, seja em comunidade ou sociedade, seja mesmo entes cuja presença ou participação social não seja passível de quantificação.

Nos direitos fundamentais de terceira geração o fator basicamente distintivo em relação às outras duas categorias estudadas é a existência da “pluralidade” de atores destinatários de tais direitos. Enquanto nos direitos fundamentais de primeira geração há uma proteção ao indivíduo com relação ao Estado, e nos de segunda geração a exigibilidade de uma prestação por parte do Estado, agora, nos direitos fundamentais de terceira geração, a importância passa a ser não “o que” se busca, mas “quem” se busca proteger com essa terceira classe de direitos fundamentais.

Atualmente, ainda haveria uma quarta geração de direitos fundamentais, que, segundo Sarlet, seriam fruto da globalização dos direitos fundamentais e, em consonância com o que leciona Paulo Bonavides, estariam relacionados com o

direito à democracia e à informação, de modo que, pela importância atribuída a tais direitos no contexto atual, seriam também direitos fundamentais, mas, integrantes da classe dos direitos fundamentais de quarta geração.

Modernamente a doutrina reconhece a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão tendo no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Paulo Bonavides, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo (SARLET, 2015, p. 50).

A nosso ver a mencionada “quarta geração de direitos fundamentais” por ter uma abrangência coletiva e difusa poderia estar inserida naquela que é a “terceira geração de direitos fundamentais”, não sendo necessária a criação teórica de uma nova categoria para contemplar tais direitos.

Assim, analisando com diligência o rol de direitos fundamentais considerados de quarta geração, não é difícil concluir que eles são também direitos coletivos e difusos, uma vez que não existe meio de individualização precisa quanto aos titulares desses direitos, mas, ao mesmo tempo, são passíveis de reivindicação por toda coletividade pois, uma vez transgredidos, irão repercutir individualmente em cada membro da sociedade, com maior ou menor alcance.

Em uma abordagem acerca dos direitos fundamentais com relação aos titulares de tais direitos, é importante destacar que a fundamentação desses direitos podem ser conceituadas em subjetivas ou objetivas, dependendo do alcance que esses direitos pretendam atingir, ou seja, se a norma consagradora do direito fundamental se dirige ao indivíduo será subjetiva, como leciona J.J Gomes Canotilho:

Com a ideia de fundamentação subjectiva procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade (CANOTILHO, 2000, p. 1.256).

Por outro lado, quando se refere à noção de fundamentação objetiva de uma norma de direito fundamental se está elevando o alcance da norma a ter uma

abrangência coletiva, alterando-se a sua titularidade da esfera individual para a esfera comum, visando ao interesse público.

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta “fundamentação objectiva” que se pretende salientar quando se assinala à “liberdade de expressão” uma “função objectiva”, um “valor geral”, uma “dimensão objectiva” para a vida comunitária (“liberdade institucional”) (CANOTILHO, 2000, p. 1.257).

Definida a classificação dos direitos fundamentais quanto à dimensão ou geração a que pertencem, e ao seu aspecto subjetivo e objetivo, cabe examinar a sua fundamentalidade sob o aspecto formal e material, que irá determinar o nível de proteção que lhe é emprestado.

Os direitos fundamentais em sentido formal têm a ver com a “forma” como está estabelecida sua positivação em uma carta constitucional, ou seja, o modo como estão hierarquicamente escritos na constituição, bem como contêm aspectos procedimentais de reivindicação, conforme se refere Ingo Sarlet em sua abordagem de tais direitos na Constituição de 1988:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – nesse sentido- se cuida de direitos e natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucionais (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que será objeto da parte final dessa obra; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata às entidades públicas e privadas (Art. 5º, parágrafo 1º da CF) (SARLET, 2015, p. 76).

Com relação aos direitos fundamentais em sentido material, tal classificação se refere ao conteúdo da norma que, pela importância com que está revestida, é elevada ao patamar de direito fundamental. É também por essa via que outros direitos que não estão expressamente positivados como fundamentais, adquirem esse status e, pela sua importância, também podem ser considerados direitos fundamentais, uma vez que, conforme mencionado, o catálogo que contém os direitos fundamentais é aberto não tendo natureza exaustiva. Quanto à

materialidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 Ingo Sarlet assim se refere:

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante, não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, parágrafo 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais, aspecto [...] (SARLET, 2015, p.76).

1.2.3 A categorização de Ferrajoli

Conforme referido na nota de rodapé nº 5 existe uma divergência doutrinária entre a categorização de direitos fundamentais por Ingo Sarlet e a categorização de Luigi Ferrajoli que iniciaremos a explicar.

As razões pelas quais optamos por apresentar ambas as categorizações, embora distintas, são pelo fato de que, naquela construída por Sarlet a previdência social, enquanto direito fundamental, é trabalhada sob aspectos próprios do instituto tal como está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível ignorar tal categorização e sua relação com a previdência social, se a realidade trabalhada e colocada à prova nesse trabalho é a realidade brasileira.

Todavia, conforme já antecipamos no início do item 1.2.1 desse estudo, a categorização sobre direitos fundamentais a que nos filiamos é a desenvolvida por Luigi Ferrajoli que abordaremos com maior ênfase nas linhas a seguir.

A opção pela categorização de Ferrajoli acerca dos direitos fundamentais nos parece ser a mais adequada por quanto trata os mencionados direitos mais a partir de requisitos humanos e menos de elementos jurídicos, não exigindo para a reivindicação de tais direitos qualquer validação normativa para tanto, o que nos parece ser mais alinhado com o verdadeiro significado sobre direitos fundamentais os quais nascem com o indivíduo e são revestidos de características tais como irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, sendo então indisponíveis e

irrenunciáveis, independentemente do local do globo terrestre a que o titular de tais direitos se encontre, ou do ordenamento jurídico a que esteja submetido.

Por direitos fundamentais, segundo Luigi Ferrajoli, podemos definir aqueles direitos subjetivos concernentes a todos os seres humanos, enquanto considerado pessoa, ou cidadão ou de pessoa capaz de agir.

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada por um sujeito, por uma norma jurídica e por status à condição de um sujeito prevista também por essa norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p.9).

Da definição de Ferrajoli acerca dos direitos fundamentais, podemos tirar de imediato algumas conclusões. A primeira é que, em sendo o direito fundamental considerado “direito subjetivo”, e, como tal, é identificada qualquer expectativa positiva (de prestação) e negativa (de não lesão), demandam uma segunda categoria de direitos a qual podemos definir nesse momento como “conseqüência”, ou o direito positivo que estará consagrado no ordenamento jurídico como o “gatilho legal” disponível para garantir o cumprimento do “direito subjetivo”.

Os direitos subjetivos que, conforme Ferrajoli, contemplam as “garantias primárias”, prescindem para sua efetivação de outros direitos ou “garantias” as quais podemos classificar como “garantias secundárias”.

Mas não é essa a razão principal- necessária, além de suficiente – para distinguir conceitualmente entre os direitos subjetivos, que são expectativas positivas (ou de prestação) ou negativas (de não lesão) atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica, e os deveres correspondentes que lhes constituem as garantias igualmente ditadas por normas jurídicas: sejam essas as obrigações ou as proibições aos direitos correlativas, que tornam aquela do item 2 chamei de garantias primárias, ou também as obrigações de segundo grau de aplicar as sanções, ou declarar a nulidade das violações das primeiras, que formam aquelas que chamei de garantias secundárias (FERRAJOLI, 2011, p. 36).

Dessa feita, podemos considerar como garantias primárias o conjunto de direitos dirigidos ao Estado que vão desde a proibição de não lesão até a obrigação de prestação por parte daquele. No primeiro caso, trata-se da proteção do indivíduo frente a excessos ou a arbitrariedades porventura cometidos pelo Estado

(negativos), ao passo que o segundo tem a ver com ações de natureza cunho prestacional (positivos) a que o Estado deve assegurar aos cidadãos.

As garantias secundárias, por sua vez, estão diretamente ligadas à violação de alguma das garantias primárias, o que, uma vez ocorrendo, servem como instrumentos jurídicos capazes de uma vez acionados, reparar o prejuízo causado ao indivíduo por alguma dessas violações, sejam elas comissivas ou omissivas causadas pelo Estado.

Como exemplos de interação ou complementação entre as garantias primárias e secundárias devemos mencionar as ações constitucionais que correspondem aos meios legais para efetivar o acesso às garantias primárias e que são os dispositivos próprios para efetivação ou proteção dos direitos fundamentais.

De um modo amplo, pode-se dizer que as ações constitucionais têm a finalidade de atuar contra o Estado, devidamente representado, em que se pode discutir especificamente a compatibilidade da norma analisada ao texto constitucional (ARAUJO; NEVES, 2015).

E é exatamente conforme mencionado nas linhas pretéritas que é possível verificar o caráter de garantias secundárias das ações constitucionais que, em última análise, são instrumentos processuais inseridos dentro do próprio texto constitucional para, na eventualidade de atos arbitrários cometidos pelo Estado ou seus agentes, ou, mesmo pela ausência de prestações que deveriam ser praticados e não o foram, serem os meios legais de acesso às garantias primárias violadas ou ignoradas ao indivíduo.

Cabe ressaltar, que as ações constitucionais surgiram com o intuito de dar efetividade às normas que preveem os direitos fundamentais e, para tanto, são propostas contra o próprio Estado que, por sua vez, tem a obrigação de tutelar tais direitos inerentes a todo indivíduo. Para tanto, as ações constitucionais se utilizam de procedimentos céleres e eficientes, que visem cobrar do Poder Público o exato cumprimento do ordenamento jurídico (ARAUJO; NEVES, 2015).

No ordenamento jurídico pátrio, as ações constitucionais são constituídas pela ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, habeas data, habeas corpus e ação de impugnação de mandato eletivo.

Todas as modalidades de ações constitucionais anteriormente referidas estão expressamente consagradas na Constituição Federal de 1988 em vários artigos e incisos, bem como em leis específicas, cumprindo cada uma das ações constitucionais diferentes propósitos, de acordo com a garantia primária que se busca alcançar.

A segunda conclusão a que o conceito de direitos fundamentais retro mencionados nos remete é a de que, para a sua titularidade, é necessário o preenchimento de certos requisitos, quais sejam, o status de pessoa ou cidadão e capacidade de agir, o que, em outras palavras, são os requisitos da “personalidade”, da “cidadania” e da “capacidade de agir”.

Atualmente, para fins de titularidade de direitos fundamentais se mantêm como diferenças apenas a cidadania e a capacidade de agir, implicando, em última análise, duas grandes divisões entre os direitos fundamentais;

Hoje a cidadania e a capacidade de agir restaram como as únicas diferenças de *status* que ainda delimitam a igualdade das pessoas humanas. E podem, por isso, ser assumidas como os dois parâmetros – o primeiro superável, o segundo insuperável – sobre os quais podemos fundar duas grandes divisões entre os direitos fundamentais: aquela entre direito da personalidade e direito da cidadania, que dizem respeito a todos ou somente aos cidadãos, e aquela entre os direitos primários (ou substanciais) e os direitos secundários (ou instrumentais ou de autonomia), que dizem respeito, nessa ordem, a todos ou somente às pessoas com capacidade de agir (FERRAJOLI, 2011, p. 12).

Desses conceitos apresentados por Ferrajoli, extraímos quatro classes de direitos, que são os *direitos humanos*, os *direitos públicos*, os *direitos civis* e os *direitos políticos*.

Entre as quatro modalidades de direitos a única que pode ser considerada genuinamente primária é a que diz respeito aos *direitos humanos* que, por definição, são intrínsecos a qualquer ser humano, independentemente de nacionalidade (aqui compreendida como critério para cidadania), convicção política ou religiosa, que se sobrepõe inclusive a ordenamentos jurídicos, ou modelos de Estados (democráticos ou totalitários). Ex: direito à vida, à liberdade, à dignidade, etc.

Os *direitos públicos*, embora sejam considerados direitos primários, são de titularidade apenas dos cidadãos, ou dos indivíduos pertencentes a um determinado Estado que, por critérios próprios, assim o reconheça. Ex: direito à circulação e à

moradia no território nacional, direito de reunião e associação, direito à *previdência social*, etc.

Os *direitos civis* e *direitos políticos* são direitos secundários, sendo os primeiros destinados a todas as pessoas humanas capazes de agir não considerando o critério da nacionalidade ou cidadania, enquanto o segundo é destinado apenas aos que, por definição própria de cada Estado, seja considerado cidadão.

1.2.4 Funções e instituições de governo e de garantia

Na concepção de Luigi Ferrajoli sobre direitos fundamentais, há que se considerar a notável transformação que as cartas constitucionais vêm sofrendo no curso do tempo, em especial nos últimos cinquenta anos, período em que o mestre florentino destaca uma crescente positivação de direitos sociais nesses diplomas.

Ao contrário das cartas constitucionais de outrora, em que havia especial preocupação com a defesa do direito fundamental à liberdade (direito negativo) como bem maior a ser garantido, as modernas constituições destacam-se por sua rigidez e maior amplitude, sendo caracterizadas por contemplarem uma série de direitos fundamentais de cunho social (prestacionais) que, segundo Ferrajoli, formam, conjuntamente com o direito fundamental à liberdade, os “direitos vitais” que, nas palavras do autor, são o motor de desenvolvimento não apenas civil, mas também de natureza econômica.

Os direitos fundamentais, consagrados como vitais, sejam os direitos de liberdade que os direitos sociais são, em suma, um fator e um motor do desenvolvimento, não apenas civil, mas também econômico. A sua garantia não é somente um fim em si mesma, mas também um meio para o desenvolvimento econômico. De resto, a prova histórica deste nexo entre direitos sociais e desenvolvimento está sob os olhos de todos (FERRAJOLI, 2009, p. 6)⁹.

A partir dessa observação do autor com relação à necessidade da comunhão entre direito fundamental à liberdade e, portanto, proibições impostas ao poder público, e direitos sociais, a que o mesmo poder público deve prestar, emerge a necessidade de haver uma reconsideração da esfera pública mais profunda,

⁹ Painel apresentado por Luigi Ferrajoli, intitulado Funções de governo e funções de garantia. *Comparação entre experiência europeia e latino-americana*, Florianópolis, 26.11.2009.

segundo o autor, do que aquela proposta por Montesquieu, quando da tripartição dos poderes, e tendo como consequência a divisão entre funções de governo e funções garantia.

Como funções e instituições de governo, podemos considerar o poder de disposição, de produção e de inovação normativa, cabendo às instituições de governo o respeito irrestrito à constituição, naquilo que lhe compete decidir, zelando para que os atos e decisões praticados não violem os direitos fundamentais. Tais instituições têm natureza política e, portanto, formal. O exame acerca das funções de governo está inexoravelmente ligado à questão da discricionariedade que deve ser controlada.

“Nesse nível, aquilo que se pede, muito mais do que o reforço das funções e das instituições de governo, que tem a ver com a esfera da discricionariedade política [...]” (FERRAJOLI, 2011, p.119).

Quando se considera as instituições e funções de governo, é importante destacar que a titularidade para o exercício de tais funções, compete originalmente à administração pública, seja no que diz respeito a funções precípua do poder executivo, seja também no que tem a ver com aquelas próprias do poder legislativo, o que não impede que, por ventura, os poderes titulares das funções de governo possam intervir em questões que dizem respeito a funções de garantia como, por exemplo, a promoção de medidas que visem a alterar aspectos da previdência social que é, sabidamente, uma instituição de garantia.

Já no que tange às instituições e funções de garantia, elas podem ser consideradas direitos fundamentais expressamente consagrados como tais no ordenamento jurídico, ou mesmo, no caso da Constituição Federal de 1988 aqueles que, não obstante não estejam expressos no texto constitucional, também têm natureza de direitos fundamentais em face da abertura do catálogo de direitos fundamentais consagrada no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988.

A titularidade originária para o exercício das funções de garantia é do Ministério Público e do Poder Judiciário, que são os institutos legítimos para resguardar e assegurar à sociedade o acesso às garantias primárias, sem prejuízo, conforme anteriormente mencionado, da possibilidade dos órgãos responsáveis pelas funções de governo poderem intervir nas instituições de garantias.

1.2.5 Classificação dos bens fundamentais

Não obstante a abordagem de Ferrajoli acerca dos “bens fundamentais” deva ser considerada sob a perspectiva de uma “carta dos bens fundamentais”, segundo o mestre florentino, são a esses bens que os direitos fundamentais visam resguardar e, mesmo não sendo objeto direto desse trabalho, merecem algumas linhas a seu respeito, face aos reflexos que, indiscutivelmente, geram naquilo que hoje se considera direitos fundamentais.

Conforme o entendimento de Ferrajoli, os bens fundamentais que deveriam ser consagrados e assim considerados em um documento “supranacional” estão classificados em *bens personalíssimos*, *bens comuns* e *bens sociais*.

Antes de abordarmos com maior atenção as três categorias referidas no parágrafo anterior, é importante destacar que os bens compreendidos como patrimoniais são incompatíveis com a concepção de bens fundamentais, esses guardando, em relação aos primeiros, importante diferença, sobretudo em face das três características que alicerçam os bens (e conseqüentemente direitos) fundamentais, que são *a indisponibilidade*, *a inalienabilidade* e *a imprescritibilidade* de que são revestidos.

Todas essas características atinentes aos *bens fundamentais* situam-se em posição diametralmente opostas àquelas concernentes aos *bens patrimoniais*, as quais estão disponíveis no mercado por disposição ou troca e em que o seu principal atributo esta pautado na liberdade de aquisição, de doação, de empréstimo, de venda ou de qualquer disposição de que natureza for, a qualquer tempo e a cujos titulares estão reservado o uso e o gozo.

Como *bens personalíssimos*, consideram-se aqueles umbilicalmente ligados à concepção de direitos humanos e, portanto, podem ser reivindicados independentemente dos requisitos de cidadania e de capacidade para agir. São próprios da condição humana, tais como direito à vida, à liberdade e à preservação (direitos de não lesão) de arbitrariedades do Estado. No último caso o direito como limitador de poder.

Os bens personalíssimos, como referido, formam a classe dos bens fundamentais mais estreitamente ligada aos direitos vitais da pessoa. O princípio da sua indisponibilidade, conseqüente ao valor da pessoa, possui a forma de uma proibição: “os atos de disposição do próprio corpo”, estabelece o já recordado artigo 5º do código civil, são proibidos quando

ocasionam uma diminuição permanente da integridade física, ou bem quando são contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (FERRAJOLI, 2011, p. 64).

Existem inúmeras razões para alçar os bens personalíssimos à categoria de bens fundamentais pois, conforme referido, há uma estreita ligação com o sentido de *direitos humanos* e, no que diz respeito ao direito à integridade física, nos tempos de hoje, merecem especial garantia face aos avanços da ciência médica, que, por sua má utilização somada às facilidades de trânsito intercontinental, acabam por fomentar o tráfico de órgãos, reduzindo o ser humano a um processo nefasto de “coisificação”.

A segunda categoria de bens fundamentais são os chamados *bens comuns* que, pela própria definição terminológica, são todos aqueles disponíveis a todos os indivíduos e, em geral, encontrados na natureza, tal como oxigênio, água, recursos minerais, etc. Há uma abrangência literalmente universal, e a eles deve haver a garantia de um domínio público planetário.

Foi dessa devastação e do perigo de uma destruição irreversível dos bens e dos recursos vitais para o futuro do gênero humano que nasceu a temática dos bens comuns: tais bens de todos – aqueles que os romanos chamavam de *res communes ominiun* - como o ar, o clima, a água, as órbitas dos satélites, as bandas do éter, os recursos minerais das profundezas marinhas, a assim chamada biodiversidade e todos os outros bens do patrimônio ecológico da humanidade (FERRAJOLI, 2011, p. 67).

Desnecessário dizer que os bens comuns encontram-se, nos dias de hoje, sob forte ameaça, sobretudo partindo dos países ricos do planeta que, na ânsia persecutória do avanço tecnológico e do progresso ignoram o fato de que muitos desses bens não encontram ciclo renovatório natural, como petróleo, água, entre outros.

A utilização dos bens comuns de modo irresponsável e indiscriminado pelos países ricos do mundo, somado a lenta e gradual agressão à atmosfera, já começa a colocar em risco, pelo menos em médio prazo, a viabilidade do planeta, o que é verificado pelas mudanças climáticas, derretimento de geleiras, extinção de espécies nativas, etc.

Por fim, a terceira e última classe de bens fundamentais existentes é a que contempla os *direitos sociais* que, ao contrário dos dois primeiros, não advém espontaneamente da natureza, mas através da inteligência humana; são adaptados,

até por elementos naturais, com o intuito de promover uma melhora nas condições de vida e existência da espécie humana.

Como exemplo de bens sociais podemos apontar a água potável, as medicações, o ensino, a alimentação básica, etc.

Denominei “bens sociais” aqueles bens – como água potável, os medicamentos essenciais e os produtos necessários para a alimentação básica – que são objeto dos direitos sociais, isto é, daqueles direitos fundamentais que consistem em prestações, como alimentação básica e assistência sanitária. Estes bens coincidem, em grande parte, com os bens fundamentais que não são tais por natureza, como são os bens personalíssimos e os comuns, mas são duplamente artificiais: em primeiro lugar, no sentido de que são produzidos e distribuídos pelo homem, e no sentido de que são convencionados como tais, isto é, como bens vitais que devem ser juridicamente acessíveis a todos, mesmo porque, por causa do estado de indigência, não são de fato acessíveis a todos (FERRAJOLI, 2011, p. 74).

1.3 A Previdência Social na Constituição Federal de 1988

Na Constituição Federal de 1988, o direito à Previdência Social está consagrado como direito fundamental, uma vez que o catálogo exposto no Título II não é exaustivo, por força do disposto no parágrafo 2º, art. 5º da Constituição Federal de 1988, dando margem para a sua elevação à categoria de tais direitos.

No atinente ao aspecto formal, o direito à previdência social tem sua fundamentalidade acolhida de maneira irrefutável pela nossa Lei maior no seu artigo 6º (MACHADO DA ROCHA, 2004, p. 111).

A fundamentalidade material consiste no fato de que a obrigação do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode de outra maneira prover uma existência humana digna (MACHADO DA ROCHA, 2004, p. 110-111).

No que diz respeito à classificação dimensional da Previdência Social, não paira dúvidas de que, em sendo ela direito fundamental e sendo espécie da qual seguridade social é gênero, situa-se entre os direitos fundamentais de segunda dimensão porque, embora tenha natureza jurídica de seguro, está consagrada na Constituição Federal de 1988 com um direito passível de uma ação positiva do Estado, ou seja, uma prestação estatal.

Partindo da premissa de que o objeto fundamental de proteção da Previdência Social é o trabalho, ou, conforme já referido anteriormente, a impossibilidade para o trabalho, resta evidente o cunho social a que ela se presta, visto que uma vez esgotadas as condições humanas para o desempenho de atividades laborais, seja por doença, seja por reclusão, seja por velhice, cabe ao Estado, através da Previdência Social, amparar o segurado incapaz e sua família.

Por outro lado, sendo a Previdência Social um instituto de seguro destinado à proteção coletiva, não há que se duvidar de que tem a sua abrangência na forma objetiva, ou seja, é destinada à proteção de toda coletividade, pelo menos no que diz respeito aos trabalhadores da iniciativa privada, contribuintes compulsórios ou autônomos, e mesmo aqueles trabalhadores do serviço público cujo regime previdenciário é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A Constituição Federal de 1988, em seu título VIII, capítulo II, classifica a previdência social como espécie da qual a seguridade social é gênero, tendo a sua organização contida no artigo 201 da Carta Magna.

No âmbito infraconstitucional, a previdência social está positivada na Lei nº 8.213/91 com suas respectivas alterações, composta de três Títulos, sendo que o Título I regula a sua finalidade e seus princípios básicos, o Título II os seus planos de benefício e o Título III contempla a organização e a estrutura do seu Regime Geral.

1.4 Direito previdenciário

Inicialmente é importante referir que o Direito Previdenciário é o ramo específico do direito que exerce simultaneamente duas funções precípuas. A primeira se presta à análise e ao estudo das normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais no que diz respeito ao custeio da Previdência Social, bem como os demais institutos que constituem o leque composto pela Seguridade Social.

O segundo objetivo tem a ver com o exame, interpretação e aplicação da legislação que visa a resguardar o sistema protetivo do segurado trabalhador, operacionalizando um conjunto de princípios e normas que, uma vez reivindicadas, tem a finalidade de blindar o segurado em hipóteses de erros ou arbitrariedades cometidas no âmbito da Previdência Social.

O Direito Previdenciário, ramo do Direito Público, tem por objeto estudar, analisar e interpretar os princípios e normas constitucionais, legais e regulamentares que se referem ao custeio da Previdência Social – que, no caso do ordenamento estatal vigente, também serve como financiamento das demais vertentes da Seguridade Social, ou seja, Assistência Social e Saúde -, bem como os princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas a seus beneficiários (MACHADO DA ROCHA, 2004, p. 86).

Diante do exame dos objetos destinados à tutela do direito previdenciário, é possível concluir que, não obstante a análise e a interpretação dos princípios e normas constitucionais, legais e regulamentares que se referem ao custeio da seguridade social esse tem como meta a proteção e a efetivação dos princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas aos seus beneficiários, quais sejam os segurados.

Entendemos, portanto, que o direito previdenciário é o ramo do direito que se presta a garantir a efetividade dos direitos dos segurados da previdência social nas ocasiões em que, por qualquer razão eles sejam descumpridos pela autarquia, tal como ocorre em diversas situações de indeferimento ou cessação administrativa dos benefícios previdenciários contidos na Lei nº 8.213/91.

Reconhecendo que a Previdência Social, está garantida na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, a efetividade dessa garantia encontra no direito previdenciário o instrumento hábil a assegurar o seu cumprimento pelo Poder Público, sempre que houver alguma arbitrariedade ou equívoco de qualquer natureza por parte da autarquia que venha a comprometer os seus segurados. privando-os de qualquer acesso legítimo a seus benefícios.

1.5 Do Garantismo Constitucional

Inicialmente, é importante destacar a estreita relação entre os direitos fundamentais como elementos de garantias Constitucionais. Eles (sob o prisma de garantias primárias) nada mais são do que garantias positivadas em uma Constituição como forma de proteção individual ou coletiva, determinada ou difusa, conforme analisado no item próprio desse trabalho que foi especificamente dedicado aos direitos fundamentais.

As proteções atribuídas aos direitos fundamentais nas Constituições variam de acordo com o seu grau de rigidez, com destaque particular para as Constituições

de segunda geração que contêm um acentuado nível de rigidez, com ênfase na maioria das Constituições Latino-Americanas, como bem observa Ferrajoli (2009):

Eu penso que a constituição brasileira - e outras constituições latino americanas, como a constituição recentíssima da Bolívia e aquela do Equador – pertencem à classe das constituições de última geração: constituições extensas, caracterizadas por elevado grau de rigidez, por uma multiplicação dos direitos fundamentais nela estabelecidos, por um desenvolvimento das funções e das instituições de garantia¹⁰.

Mas o mestre florentino vai ainda mais longe, professando que toda Constituição é rígida por definição, uma vez que, se assim não fosse, seriam meras leis ordinárias:

La rigidez constitucional, no es, propriamente, una garantía, sino un rasgo estructural de La constitución ligado a su ubicación en El vértice de la jerarquía de las normas; de modo que las constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una Constitución no rígida no es, en realidad, una Constitución sino una ley ordinaria (FERRAJOLI, 2006, p. 23).

Ponto que merece especial atenção, quando se pretende abordar o tema do garantismo constitucional dos direitos fundamentais, é para o tipo de democracia em que esses elementos estão lançados, que pode ser uma estritamente formal ou uma representativa da soberania popular, compatível com o paradigma da democracia constitucional.

Entretanto é o próprio Luigi Ferrajoli que alerta para quatro riscos que uma democracia meramente formal ou procedimental pode causar aos direitos fundamentais, sendo que o primeiro deles é a insuficiência desse modo excessivamente formalista de contemplar as novas democracias constitucionais, o que acabaria por desaguar em um cenário de ausência de democracia:

La primera razón consiste em la falta de alcance empírico y, conseqüentemente, de capacidad explicativa de una definición de democracia que, al identificar unicamente los rasgos formales, no está em condiciones de dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, las que resultarían, em esa medida, no-democracias (FERRAJOLI, 2006, p. 17).

¹⁰ Painel apresentado por Luigi Ferrajoli, intitulado Funções de governo e funções de garantia. *Comparação entre experiência europeia e latino-americana*, Florianópolis, 26.11.2009.

A segunda recomendação de Ferrajoli para os riscos de uma democracia puramente formal é o que já mencionamos no item atinente aos direitos fundamentais, ou seja, a ausência de limites concretos para garantir a sobrevivência da própria democracia, uma vez que não raro ela foi “utilizada”, no curso da história, para elevar ao poder déspotas e tirânicos, de todas as vertentes ideológicas que, no exercício de sua sede totalitária, acabaram com ela:

es siempre posible, em línea de principio, que com métodos democráticos se supriman, por mayoría, los mismos métodos democráticos: no solamente los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de los poderes, la representación, em una palabra, el entero sistema de reglas em que consiste la democracia política (FERRAJOLI, 2006, p. 18).

O terceiro risco apontado por Ferrajoli em uma democracia tão somente formal é o da ignorância, não raramente criada, entre a soberania popular, a própria democracia e a classe de direitos fundamentais.

Não obstante ao fato de que até mesmo na democracia formal haja o reconhecimento da escolha direta dos representantes mediante o voto, é certo que a soberania popular só encontra seu exercício pleno se praticada com liberdade.

E é na garantia do direito fundamental a liberdade de todos que repousa a soberania popular, que deve ser compreendida desde a liberdade de pensamento, de imprensa, de reunião de associação etc.

La tercera razón consiste em el nexu indisoluble, ignorado por la concepción puramente formal de la democracia, entre la soberanía popular, la democracia y las dos clases de derechos fundamentales que he llamado “sustanciales”. Sobre todo los derechos de libertad. Em efecto, la voluntad popular se expresa auténticamente sólo si puede expresarse libremente. Y puede expresarse libremente solo através Del ejercicio, más Allá Del derecho a voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de informacion, de reunión, de asociación (FERRAJOLI, 2006, p 19).

A quarta fonte de risco oferecida pela democracia puramente formal consiste no modelo da própria democracia representativa em que, por meio do voto popular, o cidadão “passa uma procuração” a seus representantes, outorgando-lhes poderes irrevogáveis, sobre os quais a população parece estar sujeita, única e exclusivamente, às decisões tomadas pelo “outorgado” no pleno exercício da democracia representativa que o ungiu.

La cuarta razón de la insuficiencia de una noción de democracia puramente formal viene dada por una aporía de carácter filosófico-político. Esta concepción formal o procedimental se erige, como se ha dicho, sobre la base de la connotación de democracia como “auto-nomía” o “auto-gobierno” o “auto-determinación” popular, o sea, como libertad positiva del pueblo de no estar sujeto a otra decisión, y por tanto a otros límites o vínculos que los deliberados por sí mismo (FERRAJOLI, 2006, p. 19).

Apresentados os riscos de uma Constituição meramente formal ou procedimental, temos como contraponto a rigidez constitucional que se relaciona com as garantias constitucionais à medida que impõe critérios firmes para a não modificação dos Princípios, dos direitos e institutos por ele previstos, exceto em ocasiões de excepcional revisão e de controle de constitucionalidade.

A rigidez constitucional não é propriamente uma garantia, mas uma característica pertinente à hierarquia das normas, sendo que, conforme mencionado, todas as constituições são em tese rígidas. A rigidez constitucional aqui referida exerce um papel essencial ao determinar, ou assegurar, o grau das normas constitucionais e estabelecer o respeito à hierarquia normativa. Estabelecidas as normas constitucionais que determinam os direitos fundamentais, há um duplo sentido normativo, sendo que o primeiro corresponde a sua não revogação ou violação, ao passo que o segundo tem a expectativa de sua execução ou prestação.

Contudo as garantias constitucionais, por suas características, podem ser subdivididas em Garantias Constitucionais Negativas, Positivas, Primárias e Secundárias¹¹.

As garantias negativas são, em tese, aquelas consistentes na proibição de revogar a Constituição por parte do legislador ordinário.

Las garantías constitucionales negativas, es decir, las consistentes en prohibiciones, son las de inderrogabilidad de la Constitución por parte Del legislador ordinario, a qual impieden la produccion de normas reñidas com Ella (FERRAJOLI, 2006, p. 25).

Quanto às garantias classificadas como negativas primárias, elas consistem na proibição da *criação* de normas ou leis que violem ou revoguem normas constitucionais.

¹¹ Classificação das garantias Constitucionais extraídas do texto Las Garantías Constitucionales De Los Derechos Fundamentales, Luigi Ferrajoli, 2006.

Precisamente, las normas sobre la revisión son la garantía negativa primaria, consistente em la prohibición de la producción de normas de ley que violen o derogen normas constitucionales, este aquélla incondicionada a la adopción de um procedimiento legislativo agravado (FERRAJOLI, 2006, p.25).

As garantias negativas secundárias, ao contrário das primeiras, se prestam a anular ou barrar a *aplicação* de normas de leis conflitantes com as normas constitucionais, e, portanto, violando a sua garantia negativa primária.

Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, em cambio, la garantía negativa secundaria, consistente em la anulación o em inaplicación de las normas de ley reñidas com las normas constitucionales y, por tanto, em violación de sua garantía negativa primaria (FERRAJOLI, 2006, p. 25).

Ponto chave no que diz respeito ao garantismo constitucional é o que corresponde à garantia constitucional positiva, sem a qual todo o ordenamento jurídico constitucional, perde, ou jamais alcança sua eficácia, uma vez que são indispensáveis para tonar efetivo o catálogo de direitos fundamentais previstos na constituição.

Aún más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o – peor ignoradas por la doctrina, a pesar de que son indispensables, em particular, para la efectividad de lós derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquéllas consisten em la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: em suma, em la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados (FERRAJOLI, 2006, p.28).

Pelo exposto, é possível afirmar que as garantias primárias são aquelas de não lesão (negativas) ou de prestação (positivas); são de competência originária das instituições de governo que, no exercício da função executiva ou legislativa, tem o dever de assegurar aos indivíduos o acesso elas, como, por exemplo, a saúde, a educação, a segurança, etc.

Já com relação ao que Ferrajoli se refere como “garantias secundárias”, parece claro que elas são funções precípua de garantia, cujas instituições responsáveis por seu exercício são o Poder Judiciário e o Ministério público, nada impedindo que os institutos de governo possam exercer também funções de

garantia, bem como o próprio cidadão que teve alguma garantia primária violada. Em última análise, as garantias secundárias são caracterizadas pelas ações constitucionais, já examinadas em item próprio desse trabalho e cujos expoentes são o *habeas corpus*, mandato de segurança, mandado de injunção, entre outros.

Es precisamente esta obligación – la obligación de ejecución, consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias faltantes – la que integra la *garantía constitucional positiva* de los derechos fundamentales establecidos (FERRAJOLI, 2006, p. 30).

Pelas conclusões extraídas das palavras acima, é certo que a Previdência Social é um extraordinário instituto de garantia primária e positiva, uma vez que, por meio dela, é possível alcançar os benefícios previstos na legislação infraconstitucional, pois abrange uma obrigação prestatória face à impossibilidade do indivíduo prover seu próprio sustento, repousando nessa obrigação a sua fundamentalidade material, de acordo com o que fora esclarecido.

2 A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

2.1 O acesso à justiça e a insatisfação humana

Conforme se verá nas linhas a seguir, a busca pelo acesso à justiça, desde os primórdios esta inexoravelmente ligada a aspectos próprios das relações humanas, historicamente marcada por conflito de interesses, entre duas ou mais pessoas, ou mesmo grupos inteiros, que padecem da realidade de que suas pretensões, necessidades e ambições são infinitas ou ilimitadas, ao passo que os bens e recursos disponíveis para a satisfação de tais pretensões são limitados.

A ambição (ou a necessidade) do homem é ilimitada, enquanto os bens (corpóreos e incorpóreos), passíveis de ser objeto dessa ambição são ilimitados; a disputa, por conseguinte, é inevitável (CARNELUTTI apud TARTUCE, 2008, p. 25).

É então, por consequência dessa realidade de “interesses humanos infinitos” e de “bens e recursos corpóreos e incorpóreos finitos e limitados”, que surge no ser humano a “insatisfação” como sentimento de descontentamento fruto da impossibilidade de não poder, sempre e a qualquer tempo, ter todas as suas pretensões, necessidades e até mesmo ambições contempladas de modo pleno, seja pela escassez de bens, seja pelo nível de expectativa nutrido pelo indivíduo.

Desse modo, conclui-se que, quando dois ou mais indivíduos lançam suas pretensões sobre o mesmo objeto, bem ou recurso, a consequência natural é a resistência daquele que, a seu turno, roga-se titular do bem da vida por ambos almejado, resultando então na formação de um conflito oriundo da insatisfação dos pretendentes ao direito, demandando assim a necessidade de verificação e definição acerca de quem é o seu verdadeiro titular no caso concreto.

Dessa forma, verifica-se que as relações humanas são marcadas por insatisfações. Quando a pretensão de um indivíduo encontra uma resistência, podemos ver instalado um conflito, se fazendo necessário definir quem é o verdadeiro titular do direito ou do interesse que o gerou (FERRARESI; MOREIRA, 2013, p. 344).

Por conseguinte o surgimento dos conflitos humanos derivados da insatisfação gerada pela escassez de bens e recursos somada às infinitas pretensões do indivíduo resultou, ao longo da história humana, na necessidade de

definição ou de determinação acerca de quem, no caso concreto, seria o titular do direito pleiteado, o que, em última análise, significa dizer que essa realidade de insatisfações geradoras de conflitos foi e é o motor pela qual nasceu a busca constante e incessante pelo acesso à justiça como meio de cessar os conflitos e determinar a titularidade do direito.

Todavia, conforme se verá, o acesso à justiça como instrumento apto à solução dos conflitos e definição de direitos, nem sempre foi um caminho pacífico e “civilizado” como atualmente (na maioria dos países) o é, tendo, ao longo da história, sido exercido pelo emprego de outros meios tais como a força bruta, a violência, a sobreposição dos mais fortes sobre os mais fracos, entre outros métodos de reivindicação de direitos que, atualmente, consistem em exceções a outros meios de solução de conflitos, mas que, em alguns ordenamentos jurídicos, ainda podem se fazer presentes para hipóteses de situações extremas.

Entretanto, no curso do tempo e da história, é possível se verificar uma escalada evolutiva do acesso à justiça, a qual tem, como ponto de partida, a solução dos conflitos por meio da força, até a constituição de “métodos instituídos”, capazes de pôr termo aos conflitos e entregar o direito a algum dos pretendentes titulares dele por soluções pacíficas e convencionalmente aceitas cujas diretrizes avançaram de modo paralelo às necessidades humanas no tempo.

Como se pode “verificar, os conflitos sempre existiram e se projetam na eternidade, mas as formas de resolvê-los sofreram muitas modificações ao longo da história, modificações estas que tendem a evoluir juntamente com as necessidades das sociedades” (FERRARESI; MOREIRA, 2013, p. 345).

2.1.1 A autotutela como busca de acesso à justiça

Conforme pregressamente referido, nem sempre os meios utilizados pelos indivíduos na busca do acesso à justiça foram de natureza ordeira e pacífica, como ocorre na atualidade, pelo menos na maior parte do globo terrestre.

Nos primórdios da civilização, os meios empregados pelos indivíduos para dirimir os conflitos gerados pela insatisfação própria da espécie humana eram a imposição da força, seja individual, seja exercida através de grupos que, na defesa das suas “pretensões”, impunham-se sobre os mais fracos, dando cabo às desavenças sociais não pela razão, mas através dos meios de coerção privados que

dispunham. A essa forma de alcance do acesso à justiça por meio da força convencionou-se chamar “autotutela”.

Inicialmente, quando a estrutura de poder da sociedade era incipiente, os conflitos de interesse eram solucionados por meio da autotutela, forma em que uma das partes se impõe à outra através da força física, moral e econômica (FERRARESI; MOREIRA, 2013, p. 345).

Esse modo, notadamente privado da solução de conflitos, era marcadamente fruto da insuficiência ou, até mesmo, inexistência Estatal que, uma vez ausente no corpo social, acabava por ocasionar o ímpeto individualista de solução de contendas, gerando por conta do vácuo do Estado o espaço e as condições perfeitas para que o acesso à justiça fosse perseguido “com as próprias mãos”, pouco importando na prática a quem realmente cabia a titularidade do direito em disputa.

Nas civilizações primitivas, onde não havia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, nem sequer existiam leis a serem impostas pelo Estado sobre os particulares. Quem tivesse uma pretensão resistida ou impedida por outrem, trataria de satisfazer essa pretensão através da força física (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 29).

Embora a autotutela tenha sido referida nos parágrafos anteriores como o meio de solução privada para o acesso à justiça, nas situações em que dois ou mais indivíduos reivindicam a titularidade de mesmo “bem”, “recurso” ou “direito”, a mesma natureza autosatisfativa também era empregada no deslinde de “contendas penais”, ocasiões em que o sujeito que se julgava injustamente molestado por alguma situação direta provocada a si ou a alguém do seu círculo pessoal, não raro partia para o cometimento de atos de “violência” e “vingança privada”, buscando, por meios próprios, a retaliação daquele ou daqueles que, a seu juízo, seriam os responsáveis, direta ou indiretamente, pela causa de males que consideravam terem sido acometidos a si ou a pessoas de sua estima.

Talvez a busca do acesso à justiça encontrada na autotutela empregadas naquilo que podemos definir como “querelas criminais”, sirva, nos dias de hoje, para evidenciar, de modo pleno, o quão ausente se fez o Estado durante importante período da história, já que, frente à impossibilidade de se fazer presente nas comunidades nas quais se originavam os conflitos e desavenças “criminais”,

acabava por resultar na aplicação privada de “castigos” sem que, contudo, houvesse sequer a apuração de um ente imparcial “Estado” que se preocupasse com a realidade dos fatos e fosse capaz, ainda que minimamente, de evitar as injustiças ocasionadas também pela supremacia do mais forte pelo mais fraco.

Neste período histórico na vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção a ofensa, atingindo não só o ofensor, como todo o seu grupo. A inexistência de limites (falta de proporcionalidade) imperava no revide à agressão, bem como a vingança de sangue. Foi um dos períodos em que a vingança privada constituiu-se a mais frequente forma de punição, adotada pelos povos primitivos (PACHECO, 2007).

Não obstante o caráter primitivo e até “retrogrado” dessa forma de busca do acesso à justiça, é importante destacar que, mesmo na atualidade, as legislações de muitos países reservam em seus textos um espaço de “permissão” para que, em hipóteses extremas de impossibilidade da presença Estatal, o indivíduo possa valer-se de seus próprios meios para salvaguardar direitos legitimamente reconhecidos que, uma vez violados, podem configurar uma situação de “não retorno”, mesmo após a intervenção Estatal.

No direito brasileiro, a previsão do emprego de forças próprias e particulares para a defesa de direitos incontroversos é encontrada em vários diplomas, com destaque para a “legítima defesa” prevista no Código Penal em seu artigo 23, II que preconiza que não haverá crime quando o ato for praticado em legítima defesa. Logicamente há o reconhecimento do legislador de que, em algumas situações, a impossibilidade de presença imediata do estado pode alijar a vida humana, causando assim resultado irreversível.

Naturalmente, a prática da legítima defesa, como causa direta de “exclusão de ilicitude”, deve ser interpretada e tolerada de forma restritiva, não permitindo excessos ou mesmo atuação fora das normas legais, razão pela qual a inteligência do artigo 345 do Código Penal tratou de positivizar norma a que a doutrina refere como “exercício arbitrários das próprias razões”, que se referem exatamente às hipóteses de abusos e exceções porventura praticados no exercício da legítima defesa e das outras causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 e seus incisos, prevendo, como pena, detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Entretanto hipóteses de autotutela ou autodefesa também estão consagradas no ordenamento jurídico brasileiro como meios lícitos de defesa patrimonial em hipóteses em que a exemplo do que ocorre nas situações de legítima defesa, o Estado não tem meios de se fazer presente com a presteza necessária para que o pretense titular do direito não tenha seu patrimônio violado por terceiros.

O Código Civil também prevê hipóteses em que se permite o uso da autotutela, como a legítima defesa e o estado de necessidade (Código Civil, art. 188), legítima defesa e desforço imediato na proteção possessória (Código Civil, art. 249, § 1º), autotutela de urgência nas obrigações de fazer ou não fazer (Código Civil, art. 249§ único e art. 251, § único), direito de retenção de bens (Código Civil, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, II, 1.434), entre outros. Porém, esse instituto deve sempre ser aplicado segundo os princípios da boa-fé e da razoabilidade (FERRARESI; MOREIRA, 2013, p. 346).

2.1.2 O surgimento da autocomposição como meio alternativo de acesso à justiça

Compreendida a fase da autotutela como um momento histórico gerado pela impossibilidade do Estado de se fazer presente, de modo pleno, no seio social e que gerou uma forma de acesso à justiça realizada de modo privado pelos pretensos “titulares de bens e direitos”, passamos agora ao exame de um segundo meio também de “acesso à justiça” que, ao contrário do primeiro, preza pela “negociação” e “debates”, em detrimento da força e da violência que marcou a fase da autotutela. A essa novel modalidade de acesso à justiça e solução dos conflitos chamamos de “sistema da autocomposição”, cada vez mais presente e difundido nos dias de hoje e que trataremos com mais atenção posteriormente, mais especificamente no que diz respeito à conciliação.

Paradoxalmente, o sistema da autocomposição surgiu nas mesmas sociedades primitivas em que a autotutela era exercida como modo quase que único de acesso à justiça, guardando enormes diferenças com o modelo majoritário. A violência física e a predomínio da força deram lugar ao diálogo e a realização de concessões por parte dos indivíduos que reivindicavam a titularidade de determinado direito.

Além da autotutela, nas mesmas sociedades primitivas, verifica-se a presença do sistema de autocomposição, que perdura até os dias atuais; situação em que uma das partes do conflito, ou as duas, abre mão de seu interesse no todo ou em parte, de modo que ambas possam sair satisfeitas. A autocomposição poderia se dar pela desistência ou renúncia à pretensão

em favor do outro, pela submissão à pretensão do outro, renuncia à resistência oferecida ou pela transação, onde as duas partes fazem concessões recíprocas (FERRARESI; MOREIRA, 2013, p. 346).

Desse modo o sistema da autocomposição dos conflitos é marcado pela inexorável abdicação de pretensões por um ou alguns dos contentores em face do outro ou de outros, com o fim último de em uma vez, “cedendo” a uma parcela da pretensão, possa, por meio de uma solução negociada, garantir a contemplação de parte da pretensão, uma vez que acompanhada da abdicação de pretensões do outro ou outros contentores.

Embora não haja unanimidade doutrinária sobre o período exato do surgimento da autocomposição, é certo que é concorrente, ou ao menos muito próximo, ao período da prática da autotutela, gerando com isso o estranho paradoxo da prática de meios de acesso à justiça, absolutamente antagônicos em um mesmo período histórico, ou, na pior das hipóteses, em períodos aproximados da história.

O surgimento da autocomposição também pode ser visto de formas diferentes de acordo com a corrente que se deseja seguir; caso tomássemos como base a minoritária, chegaríamos à conclusão de que esse meio de resolução de conflitos teria início junto aos primeiros conflitos da humanidade, visto que a autotutela, considerada uma “autocomposição egoísta”, é a primeira forma de resolução de divergências conhecida pelo homem; porém, utilizaremos a ideia difundida pela corrente majoritária, considerando a autotutela como modelo anterior à autocomposição (MATOS; PORTUGAL; ALMEIDA, 2015).

Desse modo, e embora não seja possível datar com exatidão o período de início da prática da autocomposição, é certo que é anterior ao início de período da heterocomposição dos conflitos, denotando assim que tanto a autotutela como a autocomposição, embora meios de acesso à justiça diametralmente opostos, guardam relação entre si, muito provavelmente motivado pela ausência do Estado, o que, ao menos em tese, obrigaria as partes conflitantes a buscarem uma forma de por termo às contendas, seja através da força ou através do diálogo.

2.1.3 A Heterocomposição dos conflitos, arbitragem e jurisdição

Uma vez identificados os métodos de autotutela e autocomposição dos conflitos como os primeiros meios de busca do acesso à justiça, ingressaremos agora no exame daquilo que se convencionou chamar de “heterocomposição” dos

conflitos, sistema predominante nos dias atuais e que guarda, como principal característica, a presença de um terceiro indivíduo, teoricamente alheio à contenda que, por vontade das partes (arbitragem) ou convenção social (jurisdição), assume a função de solucionar o conflito, a depender da forma de heterocomposição.

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. É que, ao invés de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida (DELGADO, 2002, p. 664).

Pelas linhas pregressas, parece não pairar dúvidas de que a grande diferença entre a busca do acesso à justiça por meio da heterocomposição para com as modalidades de autotutela e autocomposição é a participação de um indivíduo estranho a controvérsia que, seja por iniciativa das partes (arbitragem), seja por investidura jurisdicional (jurisdição) assume a função de indicar a quem pertence o direito em disputa, sendo a sua opinião a esse respeito definitiva e devendo ser acatada pelas partes.

Também é unânime a posição da doutrina no sentido de que, entre todas as formas de acesso à justiça até então conhecidas, o meio da heterocomposição foi sem dúvida o último a surgir, sendo, portanto, fruto de uma evolução histórica que não mais reconhece como atores legítimos para a solução dos conflitos apenas as partes envolvidas, mas, ao contrário, requer a presença de uma figura que tenha um olhar externo a contenda e então possa por meio dessa ausência de interesse determinar a quem pertence o direito objeto da controvérsia.

Deixada de lado a imposição da vontade pela força (autotutela ou autodefesa- “a lei do mais forte”), e afastado o entendimento (autocomposição), a solução do conflito é entregue ao terceiro por provocação do interessado, para a harmonização das relações sociais intersubjetivas (heterocomposição) (CAHALI, 2011, p. 27).

Do mesmo modo que é possível afirmar com confiável grau de certeza de que entre os meios de acesso à justiça, a heterocomposição dos conflitos foi à última a ser empregada pela sociedade não menos verdade é que a primeira experiência de heterocomposição se deu através da arbitragem que, não obstante seja abordada nesse estudo nas linhas a seguir, merece desde já algumas observações, o que

será feito e, logo após, nos deteremos na segunda e mais tradicional forma de heterocomposição, qual seja; a jurisdição estatal.

2.1.4 A arbitragem

Conforme pregressamente referido, entre as formas de acesso à justiça empregadas no curso do tempo, temos a heterocomposição como a última modalidade praticada na sociedade que tem, como característica principal, a presença de um terceiro ator, alheio ao conflito eleito ou não pelas partes (conforme a modalidade de heterocomposição) a qual, analisando o caso concreto, irá determinar a quem pertence à titularidade do direito objeto do litígio.

Dentre as modalidades de heterocomposição temos o instituto da arbitragem, como pioneiro dessa forma de acesso à justiça que se caracteriza pela escolha das partes (em comum acordo) de um indivíduo externo a contenda, que, examinando as razões manifestadas pelos litigantes irá determinar o titular do direito.

A arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.15).

Naquilo que diz respeito à história da arbitragem no mundo e sua evolução enquanto meio de acesso à justiça, embora seja espécie da qual heterocomposição é gênero e, tendo sido a última das modalidades de solução dos conflitos empregadas na sociedade, a sua aplicação remonta há aproximadamente 3.000 anos atrás com ênfase na solução de conflitos entre os babilônios e hebreus, com a sua aplicação em conflitos de direito privado, por meio da formação de tribunais arbitrais.

A história, por diversas vezes, tem revelado que as soluções de litígios entre grupos humanos encontraram procedimentos pacíficos através da mediação e da arbitragem, ao invés de optarem pelas guerras, em situações de conflitos entre Estados, ou pelo judiciário moroso, nas controvérsias entre particulares. Há registros que confirmam que a arbitragem tem suas primeiras ocorrências há mais de 3.000 anos, sendo um dos institutos de direito mais antigos. Têm-se notícias de soluções amigáveis entre os babilônios, através da arbitragem pública e, entre os hebreus, as contendas de direito privado resolviam-se com a formação de um tribunal arbitral (OPORTO; VASCONCELLOS, 2013, p. 1).

Importante ressaltar que, nos dias atuais, a arbitragem pode não apenas ser exercida por uma pessoa física, mas também por entidades (pessoas jurídicas) devidamente eleitas pelas partes para que, em meio à controversa, ou mesmo na hipótese de uma futura controversa possa analisar os fatos e dizer o direito.

Nessa moderna formatação do instituto da arbitragem como meio de acesso à justiça, é importante referir que não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas podem se valer e lançar mão desse instrumento, motivo pelo qual a definição mais completa sobre o tema entre os autores pesquisados para realização desse estudo pertença a José Maria Rossani Garcez, que assim o define:

A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas - o árbitro ou os árbitros - os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado (GARCEZ, 2004, p.71).

Modernamente, no Brasil, a arbitragem é regida pela Lei nº 9.307/96 e é marcada por características próprias que a distinguem da jurisdição enquanto forma de heterocomposição de conflitos como acesso à justiça.

A primeira característica do instituto da arbitragem, tal como se apresenta no ordenamento jurídico pátrio, é o fato de delimitar como objeto passível de decisão arbitral apenas e tão somente casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, preservando, assim para a jurisdição estatal todos os outros conflitos cuja natureza não seja de direito patrimonial disponível. Aí se inclui casos de família e sucessões, questões de natureza penal, previdenciária, etc.

Reza a lei nº 9.307/96 que, para o litígio ser apreciado pelo instituto da arbitragem, este deverá versar única e exclusivamente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Significa dizer que apenas aqueles direitos suscetíveis de apropriação ou alienação são objetos do juízo arbitral, ficando de fora aqueles que se referem a questões de família, direitos da personalidade, de poder e de estado, etc. (FRANÇA, 2008, s/p.).

Como outra importante característica do instituto da arbitragem é o fato dela ser, por excelência, um meio extrajudicial da solução de conflitos, o que significa dizer que, embora em alguns casos a arbitragem possa ser reivindicada com um processo judicial já em tramitação, o seu exercício será realizado fora das cortes jurisdicionais, não prescindindo para a sua validade de homologação judicial, e

sendo vedado que, após a decisão arbitral, a parte insatisfeita com a decisão proferida ingresse em juízo para rediscutir a matéria já esgotada pela arbitragem.

O Estado não participa do processo, sendo dispensável a homologação do juiz para a efetiva aplicação da decisão arbitral, conforme preceitua o Art. 18, da Lei 9.307/96 ao afirmar que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Por ter caráter contratual, as partes litigantes ficam sujeitas apenas à decisão do juiz arbitral requerido por ambas, não se sujeitando ao crivo do Judiciário e, conseqüentemente, agilizando sobremaneira o processo (FRANÇA, 2008, s/p.).

Desse modo, e em consonância com o artigo 18 da Lei de arbitragem, ao vedar o ingresso em juízo da parte insatisfeita pela decisão arbitral, parece claro o objetivo do legislador em atribuir ao instituto uma força decisória análoga à própria decisão jurisdicional, ao passo que, em assim o fazendo, o legislador primou pela soberania do instituto ao mesmo tempo em que preservou o Poder Judiciário de ter que decidir questões já discutidas e encerradas pelo juízo arbitral.

A terceira característica que marca o instituto da arbitragem no Brasil, esta diretamente relacionada com a característica examinada no parágrafo anterior, e trata-se da “força executória” da decisão arbitral, ou seja; a sentença prolatada no tribunal arbitral tem para as partes envolvidas os mesmos efeitos da decisão proferida em âmbito jurisdicional, resultando que, ao fim e ao cabo, a sentença proferida pelo juízo arbitral tenha força de título executivo.

De acordo com o Art. 31 da referida lei que dispõe sobre o instituto da arbitragem, a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Por não ser obrigatória a homologação por parte do Juiz, como visto anteriormente, e ser uma decisão não cabível de recurso, seus efeitos são tão logo cumpridos o que garante a celeridade e objetividade do instituto arbitral.

Sem dúvidas, essa característica é bastante pertinente, pois impede a má-fé de alguns causídicos que sempre se recorrem a inúmeros recursos meramente protelatórios que acabam contribuindo para a lentidão dos processos judiciais (FRANÇA, 2008, s/p.).

Conforme é possível verificar nas linhas acima, outra preocupação que o legislador teve ao vedar o ingresso ao Poder Judiciário após a prolação da sentença arbitral pela parte insatisfeita, foi, sem dúvida alguma, de conter o “ímpeto” de alguns litigantes, que agindo de má-fé, poderiam porventura utilizar-se da arbitragem como mero instrumento “especulativo” de tutela, e após a sentença arbitral, não

fariam outra coisa senão ingressar em juízo como a mesma pretensão que lhe fora tolhida em sede de juízo arbitral, o que, além de não contemplar o bom direito, ainda teria como consequência secundária o aumento de processos ao já sobrecarregado Poder Judiciário, prejudicando, em última análise, a qualidade da tutela jurisdicional para os litigantes das cortes convencionais.

A quarta característica presente no instituto da arbitragem no Brasil é a obrigatoriedade da observância dos princípios legais, ou seja; a arbitragem deve obedecer aos bons costumes e à ordem pública, ao mesmo tempo em que o seu procedimento deve guardar obediência aos princípios gerais do direito, inclusive no que diz respeito às sentenças proferidas em sede de juízo arbitral que, devem primar pelo direito ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento.

Essa característica toma forma no corpo da Lei 9.307/96 ao anunciar que, mesmo sendo um meio extrajudicial de solução de controvérsias, as regras da arbitragem não podem violar os bons costumes e a ordem pública, bem como deve ser realizada com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Sem falar que, para a sentença arbitral ter eficácia no mundo jurídico, deverá no procedimento respeitar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (FRANÇA, 2008, s/p.).

Essa obrigatoriedade de observância aos princípios gerais do direito, não apenas no que tem a ver com o respeito aos bons costumes e a ordem pública, mas, sobretudo, no que diz respeito a critérios que devem pautar a sentença arbitral, tais como os mencionados no parágrafo precedente, reflete, sem dúvida, a demonstração da vontade do legislador em garantir a “credibilidade” do instituto bem como assegurar que as partes envolvidas terão as mesmas garantias que lhes são dispensadas nos processos judiciais.

Outra característica do instituto da arbitragem é a obrigatoriedade da especialização técnica do juiz arbitral¹² que deve ser compatível com a natureza do litígio que irá arbitrar, não sendo razoável que uma pessoa com formação alheia ao que está sendo objeto da discórdia possa apreciar com a necessidade técnica que o

¹² O termo utilizado no parágrafo em curso não nos parece o mais adequado, visto que o título de juiz seria destinado apenas aqueles que foram investidos na magistratura e, portanto, tem por exclusividade a prerrogativa da prestação jurisdicional, ao passo que, no instituto da arbitragem, o poder decisório pertence não a um juiz, mas a um árbitro que, não investido na magistratura, tem o poder de dizer o direito, mas não o de exercer a tutela jurisdicional.

caso concreto demanda sem que para isso tenha uma formação profissional compatível com a matéria que esta em litígio.

Como é facultada às partes a livre escolha do juiz arbitral, geralmente essa escolha se baseia na natureza do litígio em exame, ou seja, para se dar mais segurança e confiabilidade na sentença proferida, o árbitro é um profissional gabaritado no assunto envolvido no litígio, garantindo assim maior precisão e objetividade na decisão (FRANÇA, 2008, s/p.).

Analisando as características da arbitragem referidas nos parágrafos que se seguiram, não é incorreto afirmar que a lei nº 9.307/96 que rege o instituto no direito pátrio foi pensada pelo legislador como uma forma alternativa de solução de conflitos e, portanto, de acesso à justiça prezando pela segurança e credibilidade a que o instituto deve ser revestido.

Em estabelecendo parâmetros rígidos de procedimento a regular os tribunais arbitrais, tais como verificamos pelas próprias características do instituto, nos parece claro que o legislador, ao mesmo tempo que procurou assegurar aos litigantes optantes do instituto a maior qualidade possível do procedimento, também reservou as decisões dele provenientes um nível de segurança extraordinário, não apenas no que diz respeito à formação técnica exigida pelos árbitros como e, sobretudo, pela vedação de rediscussão da matéria, objeto da sentença arbitral no Poder Judiciário, o que, caso contrário, reduziria o instituto a uma “mera instância” preliminar a busca da tutela jurisdicional afetando gravemente a sua credibilidade e até eficácia.

2.1.5 Jurisdição

O segundo meio de heterocomposição dos conflitos como acesso à justiça é à prestação jurisdicional, ou simplesmente jurisdição, a seu turno é a última modalidade entre todas anteriormente estudadas a surgir e, não por acaso, coincide também com o surgimento do Estado como titular da distribuição do direito como consequência da proibição da autotutela.

Para a melhor compreensão do conceito de jurisdição, é importante referir que o vernáculo “jurisdição” é proveniente do Latim *jūris dictio* que significa “dizer o direito”, atividade essa que é caracterizada pela interpretação das leis como forma de solucionar o conflito eminente, através do Poder Judiciário.

“Inicialmente, é preciso afirmar, como de costume por toda a doutrina, que a palavra jurisdição vem do latim *juris dictio*, que significa “dizer o direito”, ou seja, interpretar as leis para solucionar os casos concretos que são trazidos ao Poder Judiciário” (SANTOS, 2014, s/p.).

Por essa definição acerca do vocábulo “jurisdição” e o seu significado na língua latina é possível observar que, ao contrário dos outros meios anteriormente estudados de acesso à justiça e composição dos conflitos, agora, através da jurisdição ou prestação jurisdicional, há o ingresso do Estado, para esse fim representado pelo Poder Judiciário, como instituto próprio para a solução dos conflitos e contendas.

A característica preponderante nos modelos de acesso à justiça precedentes à jurisdição era, a exceção da arbitragem, a ausência de um terceiro ator alheio a controvérsia que, dotado de aceitação social pudesse através de critérios previamente estabelecidos determinar quem seria o titular do direito, uma vez que, conforme esclarecido nos parágrafos anteriores, o bem ou recurso objeto do conflito acabava sendo decidido pela força, e, posteriormente pelo comum entendimento das partes envolvidas (vide item 2.1.2).

Agora, com o advento do Estado nos moldes propostos por *Montesquieu* e o seu *pacto social*,¹³ a autoridade estabelecida para a definição dos conflitos, ou autoridade para “dizer o direito”, pertence quase que completamente ao Estado, estando, portanto, vedado o exercício da autotutela, com exceção, naturalmente dos casos previstos em lei e já examinados nesse estudo.

Sendo o Estado o titular absoluto para a entrega do direito, pelo exercício da atividade jurisdicional, confiada agora à tutela do Poder Judiciário, ele deve exercer seu direito mediante a provocação das partes interessadas em reivindicá-lo; é essa “provocação” que faz com que o Poder Judiciário tenha que, obrigatoriamente, se manifestar no conflito ocorre através do “processo”.

É a jurisdição uma das funções do Estado, mediante a qual esse se substitui aos titulares dos interesses em contraposição para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça, sendo que essa, por sua vez, é feita em razão da atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto, tudo isso por intermédio do processo (SANTOS, 2014, s/p.).

¹³ O Estado, em *Montesquieu*, é formado pelo PACTO SOCIAL SIMPLES: esfera pública e esfera privada. É um mundo newtoniano, um universo mecânico que precisa ser controlado – por isso a necessidade de leis positivas (PELLEGRINE, 2007).

É através do processo que o Estado, atuando por meio do Poder Judiciário encontra as regras para exercer a tutela jurisdicional, uma vez que o processo guarda em si próprio o procedimento pelo qual estão amparadas as etapas próprias para tanto, sempre preconizando o equilíbrio ou a “paridade de armas” que deve haver entre as partes litigantes, assim como é nas normas processuais que vai se estabelecer a forma e o tempo em que se dará a lide.

O processo judicial pode ser visto como um produto da ordem jurídica, considerando-se que é através do processo que se desenvolve a atividade jurisdicional, gozando o mesmo de uma noção intrínseca de movimento direcionado a um fim, o que lhe dá características de temporalidade, isso é, parte de um determinado ponto, persegue um caminho e objetiva alcançar um desiderato, em princípio previamente determinado, como, por exemplo, a realização da verdade e da certeza, a paz social, a aplicação de regras jurídicas vigentes ao conflito de interesses, a realização dos direitos fundamentais do homem, segundo a ordem de valores eleita, o que, porém, não afasta a conclusão de que processo e jurisdição são realidades que estão imbricadas entre si (MACEDO, 2005, p. 171).

Todavia, conforme é de conhecimento público e amplamente divulgado nos meios de comunicação, o Poder Judiciário no Brasil tornou-se o principal e quase absoluto meio de solução de conflitos, de modo que pequenas contendas, ou mínimos desentendimentos plenamente capazes de serem solucionado por meios alternativos à jurisdição, acabam por desaguar no Poder Judiciário, caracterizando quase que um “vício de litigar” que gera, como consequência, uma sobrecarga das cortes jurisdicionais e que tem, como produto final, a má prestação jurisdicional, tanto no que diz respeito à qualidade das decisões como no que tem a ver com o tempo excessivo com que são proferidas.

Ao eleger a tutela jurisdicional, quase que invariavelmente como o meio de solução de conflitos, a ser aplicada, independentemente da natureza do direito reivindicado, o indivíduo ignora o fato de que as demandas que apresenta ao Poder Judiciário poderiam ser atendidas com muito mais qualidade e celeridade se, escolhido meio alternativo a jurisdição, tal como a mediação ou mesmo a arbitragem, já tratada nesse estudo no item 2.1.4.

Entretanto, existe no Brasil, pelo menos até os dias de hoje, a cultura da judicialização dos conflitos, que apregoa que todos os problemas sociais, por mais insignificantes que sejam devem ser levados às hostes do Poder Judiciário para que sejam dirimidos, ignorando o fato de que, em assim o fazendo, o indivíduo nem

sempre terá optado pelo melhor meio de acesso à justiça, uma vez que pequenas demandas podem ser muito mais facilmente resolvidas por outros meios, com mais qualidade, celeridade e com a mesma segurança jurídica que a prestada pela jurisdição estatal.

2.2 O Efetivo acesso à justiça e seus desafios

Conforme foi possível constatar nos tópicos anteriores, a busca de meios efetivos de acesso à justiça é quase tão antiga como antigo é o ser humano, que, desde os tempos mais remotos tem, conforme examinado, pela sua constante e inesgotável insatisfação, a necessidade de criar métodos de definição de controversas, o que, iniciou com a autotutela e resultou nas formas de heterocomposição, quais sejam a arbitragem e a jurisdição.

Desse modo, com o advento do Estado e da tutela jurisdicional, o efetivo acesso à justiça, ao menos no plano teórico, tem sido objeto de enorme desafio não só para o legislador, como também para os atores do direito, sejam advogados, magistrados, ou mesmo membros do Ministério Público, preocupados com a criação de métodos de jurisdição capazes de oferecer à sociedade a melhor e mais célere prestação jurisdicional em consonância com a natureza de direito fundamental a que o acesso à justiça está consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV.

Todavia muitos dos obstáculos enfrentados tanto pelo legislador, como pelos atores do direito surgem como fruto da própria transformação social que, não obstante aos esforços dos primeiros na tentativa de prever e contemplar juridicamente essas mudanças, estão cronologicamente impossibilitados de fazê-lo, já que o direito, enquanto produção legislativa, está inexoravelmente sujeito a trâmites e procedimentos próprios para a sua positivação, ao passo que a sociedade, ao contrário, nada espera para começar a viver e dar causa a essas transformações de modo espontâneo e em grande velocidade.

Na história, são inúmeros os exemplos de transformações e mudanças literalmente impostas pela sociedade e que, a despeito das etapas e períodos próprios do trâmite legislativo, avançam em velocidade muito superior ao tempo de criação e positivação do direito, não sendo errado afirmar que o direito positivo, por

tratar-se de uma criação humana, não conseguirá andar nem ao lado nem à frente das evoluções da sociedade, sendo assim um “reboque” daquela no curso do tempo.

A ilusão -ou mito- da modernidade, do positivismo, é que a sociedade poderia ser encaixada num modelo jurídico legal prévio. É o caso do casamento – que era para sempre e que somente se permitia a união pelo casamento. Veio à separação, o término do casamento, e junto às uniões livres, à margem da legislação. A sociedade não se encaixou no modelo e isso serve para demonstrar o desfazimento do mito da sociedade como um projeto jurídico (RIBEIRO, 2013, p. 29).

Entretanto, mesmo frente a essa “inglória” realidade de que é a sociedade que faz o direito, e não o contrário, não é somente essa a razão pela qual o efetivo acesso à justiça torna-se um desafio para o legislador e os atores jurídicos. Concorre para essa realidade uma enorme gama de outras dificuldades, mais ou menos semelhantes em outros países do mundo, e que, no Brasil, talvez sejam acrescidos de outros componentes próprios da realidade pátria.

A primeira grande observação a ser feita, quando colocado em debate o tema “acesso à justiça”, é sobre a imperiosa distância que se deve guardar em relação aquele vocábulo da concepção de “acesso ao Poder Judiciário”, não sendo possível compreender as expressões como sinônimas, já que, por mais eficiente que possa ser o acesso ao Poder Judiciário, ele será sempre meio (ou alternativa de meio) enquanto o primeiro o fim (ou o desejo do fim).

Não há que se duvidar que o mero acesso ao Poder Judiciário esta longe de garantir o acesso à justiça, embora muitas vezes o primeiro possa ser instrumento viabilizador do segundo. Também, em algumas ocasiões, conforme será explanado, o simples acesso ao Poder Judiciário, pode tomar o efeito inverso, e ser um instrumento altamente inviabilizador do acesso à justiça que poderia ser mais facilmente alcançado por meios alternativos à interposição de ações judiciais.

E é justamente nessa perspectiva que repousa esse trabalho, ou seja; desenvolver-se sempre calcado na ideia de que o Poder Judiciário pode ser, eventualmente, uma forma de acesso à justiça, mas, não a única, tampouco a mais eficiente para todas as espécies de conflitos. Examinar outras possibilidades, inclusive alheias ao Poder Judiciário ou modalidades de autocomposição e heterocomposição existentes do lado externo dos tribunais, também é objetivo desse trabalho, assim como se debruçar em meios consensuais disponíveis dentro do próprio trâmite processual é o que pretendemos fazer.

2.3 Obstáculos ao efetivo acesso à justiça

Conforme preteritamente mencionado, os obstáculos encontrados pelo cidadão ao acesso efetivo à justiça são muitos e não podem somente ser atribuídos à velocidade com que ocorrem as transformações sociais, mas também pela ausência de mecanismos facilitadores, dentro e fora do processo judicial, que possibilitem o acesso real à justiça, ou, em algumas ocasiões, excesso de elementos burocratizantes.

Nas próximas linhas desse estudo iremos nos debruçar no exame de alguns dos supostos obstáculos que impedem o cidadão de ter o acesso concreto à justiça, bem como fatores que impedem que membros do Poder Judiciário possam através do exercício da prestação jurisdicional, entregar-lhes com qualidade e celeridade o acesso à justiça, estando aqui compreendido como o bem da vida reivindicado quando acionados os mecanismos jurisdicionais.

2.3.1 Elevado número de ações judiciais

Primeiramente, podemos destacar como dificuldade do efetivo e pleno acesso à justiça, o exagerado número de processos judiciais diariamente interpostos em todas as comarcas e subseções nacionais, fato que torna praticamente impossível ao aparato estatal dar conta, com qualidade e celeridade, das demandas interpostas.

É de conhecimento público, e amplamente divulgado nos meios de comunicação, a enorme sobrecarga de processos com que padece o Poder Judiciário; mas essa realidade não pode ser compreendida, se não adentrarmos ao exame, ainda que de passagem, da identificação das principais causas que contribuem para o excessivo número de processos instaurados diariamente pelo país afora.

Entre as causas geradoras dessa verdadeira “explosão processual”, pode-se destacar a *tradição de litígios judiciais* existente na sociedade brasileira que entre outros fatores pode ser atribuída à própria cultura brasileira, por parte das autoridades, de recusarem-se a enfrentar as causas ou origens do problema, mas sim as suas consequências, de modo que muitos dos direitos reivindicados pela via jurisdicional não o seriam, se houvesse um interesse do Estado na melhora da

prestação de muitos direitos a ele atribuídos, como por exemplo, no que diz respeito ao direito à saúde, a educação, a segurança etc. que, se fossem prestados com melhor qualidade, de modo mais célere, e acessível a todos, evitariam uma significativa parcela de demandas judiciais que clamam justamente por esses direitos.

O arraigado vezo nacional de lidar com a consequência se espalha por muitas searas, como nestes exemplos: ao invés de promover o saneamento e a recuperação urbanística de área ocupada por habitações subnormais, colocam-se tapumes ou alteiam-se muros no entorno, buscando esconder aquela realidade; ao invés de se estimular a utilização do transporte coletivo (ou mesmo a utilização compartilhada de transportes particulares), realizam-se grandes e custosos empreendimentos viários, tais como extensas pontes e viadutos, que, em muitos casos nada mais fazem do que “mudar o congestionamento de lugar”; ao invés de estimular o crescimento da riqueza nacional, o que aumentaria a arrecadação e criaria empregos, instituem-se medidas clientelistas e populistas, inclusive sob condição de o beneficiário estar desempregado, com isso dando ensejo a que a consequência retroalmente a causa, num perverso círculo vicioso (MANCUSO, 2011, p. 51-52).

É flagrante, ainda, que o exorbitante número de ações judiciais interpostas diariamente nas comarcas e subseções judiciais nacionais, tem relação direta com o baixo estímulo a outras formas de autocomposição e heterocomposição, disponíveis na legislação pátria que não passam obrigatoriamente pelo crivo da jurisdição estatal.

Como exemplos de modos alternativos de resolução dos conflitos merecem destaque a arbitragem, a mediação e a conciliação. Embora as últimas duas sejam compreendidas como alternativas de autocomposição ofertadas muitas vezes com os processos judiciais já em andamento, não deixam de ser instrumentos aptos a minimizar a sobrecarga do Poder Judiciário, visto que oferecem uma solução mais célere, menos burocrática e com a garantia de maior efetividade do acesso à justiça, sem que, contudo, possam ser consideradas por alguns intérpretes como formas “concorrentes” ou meios dispostos a “rivalizar” com a jurisdição estatal.

Pode-se, todavia, contrapor a esse respeitável posicionamento o fato de que não se trata de estabelecer ou aceitar algum tipo de *concorrência* entre a instância judiciária estatal e os chamados *meios alternativos*; ao contrário, o que hoje se espera é uma convivência *harmoniosa e profícua* entre esses últimos e àquela primeira, ideário que encontra respaldo e legitimidade no *sentido renovado* da palavra *jurisdição*: *a composição justa e tempestiva dos conflitos*, antes que uma singela subsunção da letra fria da lei aos fatos da lide (MANCUSO, 2011, p. 55).

Naturalmente, existem outros inúmeros fatores que podem esclarecer as razões pelas quais o Poder Judiciário é o meio predileto de resolução dos conflitos na sociedade brasileira, entretanto, optamos por nos ater as duas “concausas” preteritamente tratadas, uma vez que a nosso ver tratam-se das razões principais nas quais repousam os motivos dessa sobrecarga jurisdicional.

2.3.2 Obstáculos legislativos

Admitido o fato de que a sociedade é quem conduz o direito, influenciando ou ditando a produção legislativa de acordo com as transformações advindas do convívio social, resta ao parlamentar, na sua atividade precípua da produção de leis, a criação de normas capazes de atender as demandas de uma sociedade cada vez mais dinâmica e, em contínua e rápida transformação, o que, na maioria das vezes, não ocorre na velocidade esperada pelo conjunto social, por inúmeros entraves próprios da atividade legislativa que, face aos trâmites e ritos para o seu exercício, termina por não combater a anomia gerada por aquelas transformações com a eficiência esperada.

E, diante de várias possibilidades, apresentam-se (a) o elevado volume de projetos em trâmite nas casas parlamentares e a falta de tempo para deliberação, (b) os interesses conflitantes dos parlamentares que barra a tramitação de projetos desinteressantes, (c) o interesse do governo e a pressão da opinião pública e de outros setores para deliberação de determinados projetos em detrimento de inúmeros outros, (d) dificuldade de amplo conhecimento e de análise técnica dos projetos apresentados e (e) a velocidade das alterações sociais que impõe uma demanda crescente de alterações legislativas (RIBEIRO, 2013, p. 25).

É em face dessa realidade, a qual atrasa e dificulta a atividade legislativa, muitas vezes distorcida pelos meios de comunicação, que se situa outro grande obstáculo ao acesso pleno e efetivo à justiça, uma vez que os problemas encontrados pelos membros do Poder Legislativo, para a produção de leis adequadas às novas realidades sociais, na velocidade com que acontecem, vão contribuir de modo decisivo para privar a sociedade do acesso à justiça.

Com a produção legislativa ocorrendo de modo intempestivo aos novos acontecimentos sociais e, por vezes, de forma falha e insuficiente as novas demandas, o resultado será a inexorável imprestabilidade do direito produzido, seja pela demora na sua criação, seja pelo imprevisto de sua positivação, o que, em

última análise, não será apto para abarcar as novas necessidades clamadas pelas transformações sociais.

2.3.3 O ativismo judicial

Conquanto os obstáculos ao pleno acesso à justiça sejam inúmeros e variados, não há que se duvidar de que guardam relação uns com os outros, agindo por vezes na forma de um “circulo vicioso”, em que um fator aparentemente isolado de obstáculo ao acesso à justiça, quando examinado com maior profundidade, se revelará sendo causa ou efeito de outro aspecto obstrutor aparentemente isolado do primeiro.

Essa é a situação do fenômeno/obstáculo a que conhecemos como ativismo judicial, que, pode ser definido como o exercício da função jurisdicional além da esfera que lhe compete, adentrando por meio de sua atividade precípua ao “espaço” que compete a outros Poderes Estatais, ultrapassando a sua alçada de competência para realizar o exercício de outras funções que não lhe são constitucionalmente previstas.

Por “ativismo judicial” escreve Elival da Silva Ramos, “deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos próprios limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de questões subjetivas (conflito de interesses) e controversas jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (MANCUSO, 2011, p. 94).

As razões que poderiam justificar o exercício do ativismo judicial poderiam ser atribuídas a anomia legal (ausência de leis), ou mesmo casos de antinomia de leis (leis contraditórias) dentro de um mesmo sistema jurídico, o que supostamente “autorizaria” o magistrado a exceder os limites jurisdicionais para garantir, nesses casos, uma melhor prestação do direito.

Todavia, no Brasil, os motivos que levam o prestador jurisdicional a invadir esferas de competência constitucional atribuídas a outros entes estatais são mais bem compreendidos pelo modelo de Estado constitucionalmente estabelecido que

permite aos juízes e tribunais, em alguns casos, ignorar as fronteiras estabelecidas pelo próprio Estado para o exercício de sua atividade originária.

Somado a isso o ativismo judicial, na esfera do STF, encontra aliado em outros instrumentos positivados na própria Constituição Federal de 1988 que permitem a invasão dos Poderes:

Competência para edição de súmulas jurisprudências sobre questões constitucionais, de observância obrigatória por todo o aparato judiciário e pelas entidades e órgãos da administração pública de todos os níveis federativos, bem como a nova configuração emprestada pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, ao apreciar a questão do direito de greve dos servidores públicos, segundo o qual, ao ensejo do acolhimento do *writ*, lhe cabe proceder, subsidiaria e provisoriamente, à regulamentação do modo do exercício do direito protegido, com eficácia *erga omnes* e sem vinculação ao caso concreto (MANCUSO, 2011, p. 94).

Assim, é estreita a relação entre o ativismo judicial e o elevado número de ações judiciais em curso nos órgãos jurisdicionais em todo Brasil, trabalhado nesse estudo no item 2.3.1, isso em face da já referida “tradição de litígios brasileira” que ganha impulso com a consciência (ou suspeição) social acerca da natureza “paternalista” do poder judiciário, que, ao praticar o ativismo judicial indiscriminadamente, chama para si a responsabilidade de todos os conflitos ou dissabores gerados no seio social, e que, vai acarretar como resultado a já referida enxurrada de demandas, muitas das quais, poderiam ser dirimidas por meios alternativos ao Poder Judiciário, tornando-se mais um obstáculo claro de acesso à justiça.

2.3.4 Altos custos judiciais

Entre os fatores que podemos considerar como obstáculos ao acesso efetivo à justiça certamente estão os elevados gastos a que o litigante tem que arcar para poder ingressar com ações judiciais, ou mais tarde, a depender do resultado final da lide, com honorários advocatícios sucumbenciais.

Não obstante no Brasil exista a possibilidade da litigância sob o pálio da *Assistência Judiciária Gratuita*, positivada no ordenamento jurídico nacional através da Lei nº 1.060/50, os custos para quem não preenche os requisitos de miserabilidade previstos, hoje, na jurisprudência são por demais elevados, sobretudo no que diz respeito à hipótese de ter que arcar, além das custas judiciais com os

honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, na hipótese de sucumbência processual.

A resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais (CAPELLETTI, 1988, p. 15).

Embora na citação acima proferida o autor esteja realizando uma abordagem não necessariamente acerca da realidade específica do Brasil, as considerações por ele traçadas, ainda nos dias de hoje, são atuais e perfeitamente compatíveis com a realidade brasileira, conquanto o legislador pátrio venha se esforçando para minimizar esse obstáculo, através da criação de juizados especiais, assistência judiciária gratuita, entre outros recursos. A primeira modalidade será examinada com maior atenção nesse estudo posteriormente.

Assim, é possível afirmar que, embora os obstáculos a um acesso à justiça não se esgotem nos fatores anteriormente elencados, é certo que tais fatores contribuem sobremaneira para a distribuição de uma justiça débil e insuficiente no que diz respeito ao seu acesso pleno e em velocidade capaz de garantir a satisfação das pretensões de quem a reivindica, a despeito do fato de se tornar um mecanismo de elevada “insegurança” para quem é *demandado* judicialmente.

2.4 Do instituto da conciliação

Antes de adentrarmos no estudo específico do instituto da conciliação como meio alternativo de acesso à justiça, é importante compreender que, atualmente, pelas razões explanadas no item precedente e outras tantas que talvez pudessem ser agregadas, a jurisdição é, sem sombra de dúvidas, o instituto que mais tem gerado restrições e descontentamentos no seio da sociedade.

As dificuldades encontradas pelo legislador para tentar tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva parece não cessar a insatisfação social com o instituto que, não obstante ainda seja o meio recordista de busca pelo acesso à justiça, é também o que mais sofre críticas da sociedade que, ao mesmo tempo em que critica a qualidade da prestação jurisdicional, não hesita em bater as portas do

Poder Judiciário quando se considera titular de um direito, seja ele de que natureza for.

Entretanto é esse descontentamento da sociedade com a má qualidade e frequente morosidade da prestação jurisdicional que se abre caminho para a utilização de meios alternativos de acesso à justiça, os quais podem ter a mesma eficácia e serem revestidos da mesma segurança da jurisdição somadas a tão desejada celeridade e presteza de que a prestação jurisdicional vem carecendo.

Nesse leque de alternativas à prestação jurisdicional, encontra-se a conciliação, como opção de acesso à justiça igualmente segura à jurisdição, mas sem a morosidade e por vezes, ineficácia da mesma, oferecendo aos litigantes a garantia, ao menos parcial, de satisfação da pretensão reivindicada sem o caráter bélico e de confronto que é próprio do processo judicial. Por meio da conciliação, pode-se alcançar o acesso à justiça sem vencedores e sem vencidos, bastando para tanto que as partes desejem abrir mão de uma parcela do direito que entendem ser titulares para que se estabeleça o fim do litígio com a manutenção da paz social.

“Assim, os entraves da justiça estatal, somada à contrariedade da sociedade com o serviço judicial disponibilizado, promoveram, dentre outras reformas sugeridas, a reaproximação dos meios alternativos de pacificação de conflitos” (BRUNO, 2012, p. 46).

Assim, conforme já relatado anteriormente, a conciliação é, por definição, um mecanismo de autocomposição que tem por objetivo último o fim do conflito, seja fora do processo (*conciliação extraprocessual*), seja dentro do processo (*conciliação processual*), ocasião em que configura uma “etapa processual” a ser percorrida.

Sendo assim, a conciliação é o ato pelo qual as partes põem fim a um litígio, mediante concessões mútuas, fundadas no tocante ao pretendido na disputa que foi sujeitada à apreciação do Poder Judiciário. Além disso, verifica-se que a conciliação é um instituto que pode ser visto como uma norma geral do processo (LANES, 2009, p. 148).

Sob outro prisma, a conciliação pode ser compreendida como meio pacífico da solução de conflitos, ocasião em que as partes de comum acordo aceitam, como meio viabilizador do entendimento, a administração de um terceiro alheio a demanda (conciliador) que exerça tal encargo de maneira imparcial, sendo-lhe possibilitado o estímulo ao fim último do instituto que é a produção de um acordo sob a pretensão em contenda.

Nesse diapasão, podemos considerar a conciliação como espécie da qual autocomposição dos conflitos é gênero, mesmo quando exercida processualmente, visto que o terceiro que conduzirá o evento, embora tenha a faculdade de estimular a composição, não irá “dizer o direito”, como na arbitragem ou jurisdição, cabendo, portanto, às partes e apenas a elas a possibilidade ou não de transigir na contenda em questão.

A conciliação é uma forma de solução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes. Esse conciliador deve ser um terceiro imparcial, com competência para aproximar as partes, controlar as negociações, “aparar as arestas”, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito. O conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens que tal proposição traia as partes (SALES; RABELO, 2009, s/p.).

Entretanto, conforme anteriormente referido, a conciliação pode desenvolver-se de duas formas distintas, quais sejam: conciliação extrajudicial e conciliação judicial, a depender do ambiente em que o ato conciliatório seja realizado, ou seja; fora do processo ou como etapa própria, obrigatória do processo.

Pode-se então afirmar, no Direito brasileiro, a coexistência de dois tipos de conciliação: a *Conciliação judicial*, disposta em lei acima mencionada, e a *Conciliação extrajudicial*. Esses dois tipos de conciliação se distinguem na medida em que, na primeira, há a existência de um conciliador determinado pelo Poder Judiciário. Muitas vezes, o fato de a conciliação acontecer em sede de processo judicial acaba por ser marcada pelo formalismo e pelo tom adversarial. Na conciliação extrajudicial, as partes desejam e elegem um terceiro experiente para a condução do conflito.

A conciliação extrajudicial com base na cooperação se aproxima da mediação. E é muito comum a confusão entre os procedimentos¹⁴. Tanto na primeira quanto na segunda percebe-se um processo construtivo de decisão, em que a titularidade da mesma remanesce com as partes (SALES; RABELO, 2009, s/p.).

Compatível ao referido no item próprio, soma-se à conciliação como instituto de autocomposição dos conflitos, conforme a doutrina clássica, o instituto da mediação, guardando algumas diferenças entre ambos que serão a seu turno melhores esclarecidas para a correta compreensão do instituto da conciliação.

¹⁴ Nas próximas linhas iremos abordar, com maior riqueza de detalhes, alguns aspectos que distinguem os institutos da conciliação e da mediação; todavia a referência ora realizada se faz necessário, quase que de imediato, com o exame da conciliação extrajudicial sob pena de haver incompreensão entre os procedimentos.

Todavia o instituto da conciliação está estreitamente ligado à autonomia da vontade das partes, sendo imprescindível para o êxito da conciliação que as partes envolvidas na contenda possam exercer livremente a faculdade de aceitar os termos propostos no ato conciliatório, sendo que, em regra, há um declínio acerca de parte da pretensão para a obtenção de parte do direito objeto do conflito.

Sendo *conciliação processual*, essa é tida como uma etapa do processo, em que juízes, togados ou leigos, ou mesmo conciliadores bacharéis em direito, estimulam as partes a um acordo sendo-lhes permitido aconselhar e tentar induzir as partes a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.

Desse conceito é possível concluir que a conciliação processual (objeto desse estudo) esta calcada na necessária abdicção de parte ou parcela do direito reivindicado, para a obtenção de parcial conquista do direito em litígio, ou seja, a conciliação, com vista à resolução dos conflitos, implica o obrigatório sacrifício de ambas as partes conflitantes para que seja atingido um “denominador comum” precedido naturalmente da negociação entre as partes e findada com a homologação do juiz.

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção de autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizado ou é orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes (CALMON, 2015, p.140).

Nesse contexto, é importante destacar a inovação trazida pelo legislador no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015), ocasião em que, conforme redação do artigo 334 do novo diploma, há a obrigatoriedade da audiência de conciliação, com o intuito de se alcançar maior celeridade nas demandas e, com isso, favorecer o efetivo acesso à justiça por essa via, tanto no que diz respeito à celeridade das soluções, como no que concerne à possibilidade de, em assim ocorrendo, minimizar a sobrecarga processual que assola o Poder Judiciário em todo Brasil, melhorando por consequência a qualidade da prestação jurisdicional para as demandas remanescentes dela.

Conforme se verificará nas linhas a seguir, tal obrigatoriedade já há muito existe nos Juizados Especiais Cíveis Federais e Estaduais, não sendo de duvidar

que o modelo implantando no novo ordenamento jurídico processual tenha, por parte do legislador, servido de base inspiradora para a reprodução dessa etapa obrigatória nas ações que tramitam no rito ordinário.

Assim, sendo compreendida a conciliação, como um instituto cujo objetivo é pôr termo aos conflitos e, ao mesmo tempo, garantir às partes a obtenção, ainda que parcial do direito, não é difícil concluir que a conciliação é um instrumento extremamente eficaz como meio de acesso à justiça pois, uma vez realizada no curso da lide, ela tem a capacidade de contentar as partes ainda que de modo parcial, e conseqüentemente por fim ao litígio.

Na clássica obra de Mauro Capelletti, “Acesso à Justiça”, o autor apresenta três soluções práticas para o acesso à justiça, referidas por ele mesmo como “as três ondas” de reforma judicial para o efetivo acesso à justiça, na qual, a conciliação, embora não esteja expressamente mencionada encontra-se situada naquilo que o autor classifica de “terceira onda”¹⁵.

“Já foi sugerido que a mediação ou *outros mecanismos de interferência apaziguadora* são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos” (CAPELLETTI, 1988, p. 72, grifo nosso).

2.4.1 Vantagens da conciliação sobre outros meios de acesso à justiça

De acordo com o que foi possível constatar nos tópicos precedentes, o descontentamento social com os métodos “tradicionais” de acesso à justiça acabam por fazer com que os indivíduos passem a considerar meios alternativos aos convencionais para terem satisfeitos os direitos a que se consideram titulares.

A primeira, e talvez mais importante vantagem da conciliação em relação a praticamente qualquer outro meio de acesso à justiça, tem a ver com a celeridade que o instituto oferece, de modo diametralmente oposto ao que está a se constatar em outros meios de solução de conflitos e particularmente no que concerne à prestação jurisdicional.

Parece-nos óbvio que a vantagem da celeridade oferecida pela conciliação, seja extrajudicial, seja mesmo judicial, está umbilicalmente ligada a sobrecarga das

¹⁵Na obra supra referida, o autor estabelece, as três ondas de reforma judicial para acesso à justiça que são: assistência judiciária para os pobres, representação dos interesses difusos e o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso a justiça um novo enfoque de acesso à justiça, representando a primeira, segunda e terceira onda, respectivamente.

corte comuns, que, por terem precárias condições materiais e logísticas para processar e julgar o exagerado volume de demandas que recai sobre elas, acabam por entregar aos demandantes uma prestação jurisdicional excessivamente lenta, em oposição ao instituto da conciliação que, apresenta soluções rápidas e de qualidade.

A segunda vantagem verificada na conciliação tem a ver com o resultado final dos “acordos” que visam produzir, uma vez que, ao menos em tese, é garantido aos demandantes pelo menos parte do direito reivindicado já que, conforme mencionado, o instituto tem como fundamento a abdicação de parte da pretensão como pressuposto da satisfação da parte subjacente, o qual infere que, ao final do procedimento, ambos os demandantes tenham, ao fim, resguardada ao menos uma parcela de suas pretensões.

Outra vantagem que se poderia elencar em relação ao instituto da conciliação para com os demais meios de solução dos conflitos é a natureza pacifista que permeia a conciliação. Em oposição aos meios tradicionais de acesso à justiça, a conciliação seja talvez aquele que melhor agregue os interesses em litígio na busca consensual para uma solução, produzindo como resultado um ambiente saudável entre os litigantes que, através do diálogo e com o auxílio de um terceiro imparcial, são capazes de construir juntos uma solução pautada pelo equilíbrio das relações e, mesmo na conciliação, por meio de ações do conciliador, terão a oportunidade de se colocar no lugar do outro ainda que por breves momentos.

Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial que geralmente declara uma parte “vencedora” e outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (CAPELLETTI, 1988, p. 83).

Dessa forma, e pelas razões anteriormente expostas, é possível concluir que o instituto da conciliação, na maioria dos casos, é capaz de produzir para as partes resultados muito mais efetivos do que outros meios de acesso à justiça, garantido às partes com bom grau de confiabilidade uma satisfação, ainda que parcial ao direito objeto do litígio com celeridade e qualidade, ao passo que a soma de esforços para se chegar a um “ponto de equilíbrio” em relação a contenda é, sem dúvida alguma,

um fator de harmonia social talvez somente possível de alcançar por meio da conciliação.

2.4.2 Etapas da conciliação

De acordo com o que fora examinado anteriormente, o instituto da conciliação pode ocorrer extrajudicialmente (fora do processo) ou processualmente (dentro do processo). Entretanto, em ambos os modelos de conciliação, e guardadas as particularidades de cada caso, a mesma é revestida basicamente de quatro etapas, sendo elas abertura, esclarecimentos, criação de opções e acordo.

A nosso ver, embora haja por parte da doutrina uma divisão clássica entre as quatro etapas da conciliação, entendemos que não há um caminho único e pré-definido para a prática da conciliação, podendo ser variável o procedimento da fase conciliatória, tudo conforme as partes, pretensões e circunstâncias que revestem o caso concreto. Desse modo, o rito da conciliação pode conter menos ou mais de quatro etapas, a depender dos fatores mencionados.

Todavia e conquanto entendamos que as etapas procedimentais possam sofrer variações de caso para caso, a doutrina entende que a primeira etapa da conciliação se dá pela chamada “abertura”, etapa em que são esclarecidas às partes os efeitos do que a decisão por eles tomada possa representar, sendo-lhes apontado à amplitude que um eventual acordo (ou não acordo) pode vir a gerar para ambos os conciliantes, deixando por tanto claro os reflexos do resultado do ato no futuro.

“Abertura, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade” (BRAGA NETO apud SALES; RABEBLO, 2009, s/p.).

Desse modo, a fase da abertura é um momento em que será apresentado às partes não apenas as consequências formais dos atos ali praticados, como também, via de regra, é a fase em que o conciliador inicia o processo de “convencimento” das partes acerca das vantagens advindas de um eventual acordo, bem como do ponto de vista prático, não raro é o momento em que o conciliador inicia a exercer a faculdade que tem em estimular os litigantes a celebração do acordo, sobretudo apontando as vantagens e desvantagens no caso concreto.

Transpassada a etapa da abertura, inicia-se então a fase dos esclarecimentos, em que serão, pela primeira vez, abordadas as razões pelas quais um fato qualquer acabou por gerar um litígio. Nessa etapa, iniciam-se também as manifestações das partes que, não obstante estejam em um ato conciliatório, irão apresentar suas razões, o que gera um momento de inexorável reflexão entre todos, pois é a oportunidade de ouvirem e serem ouvidas acerca da controvérsia.

Esclarecimento das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes, da controvérsia, mediante o desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes (BRAGA NETO apud SALES; RABEBLO, 2009, s/p.).

É muito provavelmente da fase dos esclarecimentos que depende o êxito ou não da conciliação, uma vez que, ' conforme foi possível constatar na citação acima, é o momento ainda que estimulado pelo ator, terceiro imparcial, de reflexão das partes, ocasião em que terão a oportunidade, após a abertura, de sopesarem, ainda que subjetivamente, a relevância dos fatos e do direito objeto da disputa que os levaram até aquela conciliação, e assim fazer um novo juízo de valor sobre a proporção atribuída ao evento.

Posteriormente a fase dos esclarecimentos, a conciliação ingressa na etapa da criação de opções, momento em que, após refletirem sobre a real proporção da contenda, as partes e o conciliador irão partir para as tratativas visando a uma composição entre as partes.

Na fase da criação de opções será por intermédio do conciliador oferecido a cada uma das partes alternativas de satisfação, ainda que parcial, das pretensões, reforçando as vantagens oriundas do êxito do procedimento, e levando em consideração questões próprias do caso concreto, que podem ser transigidas de acordo com a matéria objeto da conciliação, tal como valores a serem pagos por uma parte a outra, formas de pagamento, pedidos formais de desculpa, enfim, na fase da criação de opções é que se tentará criar as condições para o êxito do procedimento com a celebração de um acordo.

“Criação de opções quer por sugestões trazidas pelos terceiros, quer por intermédio de soluções delineadas pelas partes, com o objetivo de atingir o almejado consenso pela solução [...]” (BRAGA NETO apud SALES; RABELO, 2009, s/p.)

Por fim, transpassadas todas as fases pregressamente explanadas, a próxima e derradeira etapa da conciliação é a realização ou não do acordo que, em uma vez ocorrendo, irá gerar os seus efeitos legais entre as partes, ocasião em que serão redigidos em ata os termos que foram acordados pelas mesmas, bem como conterà também quais as providencias jurídicas cabíveis na hipótese de descumprimento do que fora estabelecido por alguma das partes signatárias, a fim de resguardar o conteúdo e os termos do que foi acordado e preservar sua eficácia jurídica.

2.4.3 Diferença entre conciliação e mediação

Na seara do que fora referido nos itens precedentes, a conciliação é uma espécie da qual autocomposição é gênero, tendo ao seu lado como a segunda modalidade autocompositiva o instituto da mediação que, embora tenha grandes semelhanças com a conciliação, sobretudo com a extrajudicial, guarda com aquela, importantes diferenças, tanto no que se refere aos seus propósitos sociais como no que diz respeito ao procedimento pelo qual deve ser regido.

Assim, no que concerne aos seus propósitos sociais pode-se afirmar que a função última da conciliação é produzir uma composição entre as partes de modo a satisfazer suas pretensões, ainda que não de forma integral, não se prestando, contudo, a obtenção da paz social, uma vez que tem o objetivo de aproximar as partes e não convencê-las intimamente de que não tem o direito que acreditam ter.

A mediação, ao contrário, é por excelência um meio de pacificação social. Na mediação, visa-se recuperar o diálogo entre as partes. Por isso mesmo, são elas que decidem. As técnicas de abordagem do mediador tentam primeiramente restaurar o diálogo para que, posteriormente, o conflito em si possa ser tratado. Só depois pode-se chegar à solução. Na mediação não é necessário interferência; ambas as partes chegam a um acordo sozinhas; mantêm-se autoras de suas próprias soluções.

A mediação é, pois, um mecanismo não adversarial que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda para que em forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito. O mediador induz

as partes a identificar os principais pontos de controvérsia, a acomodar seus interesse aos da parte contrária, a explorar formulas de ajuste que transcendam o nível de disputa, produzindo uma visão produtiva para ambas (CALMON, 2015, p. 112)¹⁶.

Dessa forma, cabe ressaltar que, por ser a conciliação instrumento que tem como objetivo final e derradeiro o fim do litígio com a composição de um acordo entre as partes, e a mediação tem a expectativa da restauração da paz social, a qual, ao contrário da conciliação, não é revestida de procedimento próprio em oposição ao que vimos na conciliação, em que, ao menos segundo a doutrina clássica, é subdividida nas etapas de abertura, esclarecimentos, criação de opções e finalmente o acordo, quando possível.

Na mediação, ao contrário, não há um caminho pré-programado a ser percorrido pelas partes, pois como por esse instituto o objetivo final é a promoção da paz social, o terceiro imparcial que aqui leva o nome de “mediador” tem a liberdade para realizar o ato da mediação como melhor lhe prouver, observando no caso concreto quais as controvérsias e aspectos em questão para, com base neles, iniciar a abordagem das partes e conseqüentemente conduzir o encontro conforme o “espaço” oferecido pelas partes.

Destacam-se primeiramente as diferenças existentes entre a mediação e a conciliação, métodos alternativos que muitas vezes são usados como expressões sinônimas. A mediação, conforme já observado tem como objetivo principal restabelecer a comunicação entre as partes, tendo em vista a existência de uma relação anterior ao litígio que precisa ser preservada. Por outro lado, na conciliação as partes não possuem qualquer relacionamento sucessivo próximo, podendo, assim, colocar um fim imediato na controvérsia (SILVA; SPENGLER, 2013, p. 128-143).

Pela citação pretérita, há por parte da mediação uma preocupação com o resgate pacífico do passado, que existia entre as partes antes de deflagrado o conflito, de modo que transposta a desavença o mediador busca a reequilíbrio da relação com vistas a resgatar, no futuro, o passado de paz.

Já com relação a conciliação, nenhuma diferença faz conhecer os antecedentes dos litigantes, sendo muito mais importante por cabo ao conflito vez que as partes envolvidas, em tese, não terão qualquer convivência futura que possa pressupor uma continuidade ou agravamento do atrito que gerou a contenda objeto da conciliação

¹⁶ Glossário publicado pela revista *Libra*, apud CALMON, 2015.

2.5 Os Juizados Especiais Federais como meio de acesso à justiça

Conforme exposto no item 2.3, muitos são os entraves ou obstáculos encontrados dentro e fora dos tribunais que contribuem para a impossibilidade da efetividade do acesso pleno, real, e célere à justiça, podendo tais entraves, paradoxalmente, estarem dentro do próprio processo, ou rito processual que, conforme explanado, nem sempre se presta como a melhor alternativa para a resolução dos conflitos.

No intuito de reduzir os entraves ou burocracias processuais que impedem uma prestação jurisdicional de qualidade e em tempo hábil para a satisfação do direito, o legislador vem, ao longo do tempo, buscando alternativas capazes de contemplar essa pretensão, tanto no que diz respeito à qualidade e à velocidade do direito prestado, como com a disponibilidade do aparato jurisdicional ao maior número possível de indivíduos que dele necessitem.

Com essa intenção, e conforme largamente explanado no tópico precedente, não raro tem sido os esforços para aproximar, ou trazer ao conhecimento da sociedade, métodos alternativos de solução dos conflitos. Isso, como tem ocorrido através do estímulo a prática da mediação, conciliação e até mesmo arbitragem, que, não obstante seja um meio de heterocomposição, é perfeitamente aceitável como um meio de acesso à justiça que não o da prestação jurisdicional pois, embora, o árbitro seja para a arbitragem figura análoga a do magistrado para o processo, o instituto arbitral ainda é capaz de proporcionar uma justiça célere e de qualidade, em sintonia com as inúmeras tentativas do legislador em melhorar o acesso à justiça no Brasil.

É exatamente nesse diapasão que surgem, no Brasil, e em tantos outros países do mundo, tribunais destinados a causas de menor monta, ou atinentes a exercer a atividade jurisdicional a demandas de menor grau de complexidade. A esses tribunais, de rito mais enxuto, destinados a contemplar pretensões de menor complexidade, se convencionou chamar de “juizados de pequenas causas”.

“Quando falamos em “juizados”, nos referimos a sistemas apartados do modelo de justiça comum, baseados, em síntese, no modelo adversarial, ou seja; do vencedor e do vencido” (SILVA; SCHAFER, 2007, p. 17).

Conforme se verá adiante, a ruptura dos “juizados de pequenas causas”, (nesse trabalho compreendido como os Juizados Especiais Federais Cíveis) com o

modelo tradicional de justiça está alicerçado, em grande parte, com a mudança de paradigmas que historicamente envolvem a justiça tradicional, sobretudo no que concerne à natureza intrinsecamente belicosa com que foi concebido ao longo do tempo, dando, ou procurando dar, espaço a diversas formas de autocomposição dentro do próprio processo.

2.5.1 Breve compreensão histórica dos Juizados Especiais Federais no Brasil

Os Juizados Especiais Federais Cíveis no Brasil, foram consagrados através da Lei nº 10.259, de 12 de junho de 2001, estabelecendo, definitivamente, uma corte própria e, teoricamente, mais vantajosa em litígios de menor complexidade que envolvam, no polo passivo, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, podendo ser considerados o ponto mais elevado de uma história que remonta a mais de trinta anos, quando da implementação dos primeiros “Juizados Especiais de Pequenas Causas” .

É no ano de 1984, com a edição da Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984, que ganha vida a primeira experiência de juizados especiais no Brasil, através dos “Juizados de Pequenas Causas”, que foram embrionários aos modelos atuais de Juizados Especiais tanto em nível federal como estadual e tinham como características o fato de contemplar causas em que o valor máximo do pedido não fosse superior a 20 (vinte) salários mínimos nacionais, podendo ser propostas diretamente pelos autores, os quais prezavam pela vertente de conciliação, rompendo com a tradição brasileira de litígios judiciais.

Em 1984, com a edição da lei 7.244 de 07 de novembro de 1984, os Juizados Especiais de Pequenas Causas surgiram no cenário judicial brasileiro. Abreu (1986) destaca as suas principais características: a competência para as causas de até 20 salários mínimos; a facultatividade do procedimento pelo autor; a busca permanente da conciliação; a simplicidade dos atos processuais; a celeridade com a proibição da intervenção de terceiros e redução dos prazos; a economia pela possibilidade de dispensa do advogado e isenção de custas, salvo no recurso; e a ampliação dos poderes do juiz na prova e no julgamento (decisão por equidade) (SILVA; SCHAFER, 2007, p. 22-23).

Posteriormente, a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, avançou ainda mais no incentivo aos Juizados Especiais, contemplando em seu artigo 24, X a possibilidade da União, do Distrito Federal e dos Estados de legislar

concorrentemente sobre a “criação, funcionamento e processo do Juizado de Pequenas Causas” e, em seu artigo 98, estabeleceu que os Juizados Especiais estariam adstritos a causas de pequeno grau de complexidade.

Já em 1995, valendo-se da disposição constitucional supra-referida, o legislador instituiu os Juizados Especiais Cíveis nos Estados através da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 que, face ao seu artigo 2º, tratou de dirimir a controversa acerca do que seriam causas de menor complexidade, determinando a exemplo do diploma anterior que o critério para sua definição é pecuniário, sendo então consideradas causas de menor complexidade aquelas cujo valor máximo do pedido não fosse superior a 40 (quarenta) salários mínimos nacional, reforçando algumas de suas características próprias, e, preservando outras características da lei anterior.

Constatamos, então, que foram reprisadas as características do juizado de Pequenas Causas, lembrando as principais: a exclusão de determinadas pessoas físicas e jurídicas do sistema; a opção de juízo pelo autor; a possibilidade de renúncia de valores; a competência para causas de até 40 salários mínimos e de menor complexidade; a não obrigatoriedade de advogado; a existência de conciliadores, árbitros e juízes leigos; um procedimento especial para o juizado; a gratuidade da jurisdição, salvo recursal; a irrecorribilidade das decisões interlocutórias; a proibição de provas complexas (perícia); a comunicação informal dos atos processuais; e, em especial, a ampliação dos poderes do juiz (SILVA; SCHAFFER, 2007, p. 25).

Todavia, foi através da Emenda Constitucional nº 22 de 18 de março de 1999 que foi aberto definitivamente o caminho para a implantação dos Juizados Especiais Cíveis em nível federal, pois acrescentou-se ao artigo 98 da Constituição Federal o parágrafo único, o qual estabeleceu que a Lei federal pudesse dispor sobre a criação dos Juizados Especiais em esfera federal.

Desse modo, valendo-se da emenda constitucional acima referida, foram criados os Juizados Especiais federais, através da Lei nº 10.259, de 12 de junho de 2001, em moldes semelhantes ao que já fora estabelecido pela Lei 9.009/95, mas em âmbito federal e estabelecendo, logo em seu artigo primeiro, que a sua aplicação se dará naquilo que não conflitar com o disposto na referida Lei.

2.5.2 Competência em sede dos Juizados Especiais Federais Cíveis

Os Juizados Especiais Federais Cíveis, conforme anteriormente explanado, foram instituídos por meio da Emenda Constitucional nº 22/1999, através da Lei nº

10.259/2001, com o intuito de contemplar a necessidade de um rito jurisdicional mais célere e desburocratizado, em que, ao contrário dos Juizados Especiais Estaduais, fosse possível demandar no âmbito da União, autarquias, fundações e empresas públicas.

Assim como na Lei 9.099/1995, os Juizados Especiais Federais Cíveis são cortes criadas para o trâmite de causas de menor complexidade, mas no âmbito da União, autarquias, fundações e empresas públicas, entendendo-se aqui como critério para definição de menor complexidade dois níveis distintos que são o primeiro a complexidade econômica e o segundo subdividido em outros três, que são complexidade procedimental, pessoal e material.

A complexidade relacionada com o valor da causa é diretamente voltada ao limite financeiro permitido para demandar em sede de Juizado Especial Federal Cível, e, que não pode ser superior ao equivalente ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos nacional à época do ajuizamento da ação.

Naturalmente, assim como ocorre nos Juizados Especiais Estaduais, o limite estabelecido para o valor da causa sofre as variações próprias do aumento do valor do salário mínimo nacional, uma vez que foi esse o critério de complexidade econômica estabelecido pelo legislador e, embora a competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis seja absoluta, é permitido ao litigante, cujo valor da causa seja maior do que o equivalente a 60 (sessenta) salários, admitir-se a impetração nos Juizados Especiais mediante renúncia prévia do excedente ao limite legal.

A complexidade procedimental é aquela que não admite a “escolha” dos Juizados Especiais Cíveis Federais para determinadas ações nominadas; portanto, encontram óbice para o seu aforamento no que diz respeito ao procedimento próprio e irrenunciável de tais demandas.

No que tange aos procedimentos, expressamente são vedadas as ações de mandado de segurança (Lei 1.533/51), de desapropriação (Lei Complementar 76/93) de divisão e demarcação (CPC, arts. 946/981), populares (Lei 4.717/65), execuções fiscais (Lei. 6.830/80) e de improbidade (Lei 8.429/92) (SILVA; SCHAFER, 2007, p. 74)¹⁷.

Já no que se refere à compreensão de complexidade pessoal, ela é assim denominada face aos personagens que podem figurar nos pólos ativos e passivos

¹⁷ A vedação referente à ação de demarcação e divisão de terras mencionada na citação como encontrando guarita nos artigos 946/941 no Código de Processo Civil de 1973, guarda equivalência nos artigos 569 a 598 do Código de Processo Civil de 2015.

nas demandas dos Juizados Especiais Federais Cíveis, e que o artigo 6º da Lei 10.259/2001 em seus dois incisos estabelece como podendo ser autores nos processos as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, ao passo que réis a União, autarquias, fundações e empresas públicas.

Prosseguindo o estudo a complexidade subjetiva (ou pessoal) da causa preocupa-se em saber quem poderá estar litigando no juizado, pois determinadas pessoas ou entidades não tem acesso ao sistema, ou melhor, a porta esta fechada para ela. Terão de, obrigatoriamente, socorrer-se no sistema tradicional (SILVA; SCHAFER, 2007, p. 74).

Por fim, o entendimento acerca da complexidade material é relacionado a certos tipos de direitos que não podem, por opção do legislador, ser objetos de demanda nos Juizados Especiais Federais Cíveis, cabendo à provocação da tutela jurisdicional apenas no rito convencional.

“Por fim, o legislador optou por considerar matéria complexa algumas espécies de direitos, cujo manejo encontra assento nas ações coletivas. Não se incluem: I – [...] as demandas sobre **direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos**” (SILVA; SCHAFER, 2007, P.77, grifos nossos).

2.5.3 Princípios norteadores dos Juizados Especiais Federais Cíveis

Conforme pregressamente mencionado, os Juizados Especiais Federais Cíveis são dotados de ritualística processual própria, distinta do rito tradicional cujo procedimento encontra-se consagrado no Código de Processo Civil e, guardando no seu “percurso” processual as mesmas características contempladas na Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis na esfera estadual, por força do artigo 1º da Lei nº 10.259/2001 que foi anteriormente mencionado, o qual estabelece que, naquilo que não conflitar, a Lei dos Juizados Especiais Federal, aplica-se o disposto na Lei 9.099/95.

Em face desse dispositivo, temos que os Princípios norteadores que foram consagrados no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95, são comuns aos Juizados Especiais Federais pois o “espírito” legislativo que deu vida ao diploma em âmbito estadual é o mesmo que envolve os Juizados Especiais na esfera Federal.

2.5.3.1 Princípio da efetividade

Embora não esteja expressamente elencado no rol dos critérios (Princípios) contidos no artigo 2º da Lei nº 9.099/95, entende-se que todos os outros contidos no dispositivo não são mais do que espécie da qual efetividade é gênero, pois nela, ou a objetivando, é que foram alicerçados todos os demais que juntos são capazes de garantir a efetividade da tutela jurisdicional compreendida como célere e de qualidade.

O princípio da efetividade do processo pressupõe o alcance de "um processo de resultados", ou seja, que haja instrumentos adequados à tutela dos direitos, com o escopo de salvaguardar ao máximo a utilidade das decisões. Portanto, a efetividade é aptidão para se alcançar os fins para os quais foi instituído.

Uma vez que a jurisdição é a forma eleita para a solução das controvérsias, substituindo a pretérita autotutela, é mister que se revista de todos os meios necessários, em quantidade e qualidade, para que a parte obtenha a satisfação específica para a lide deduzida, de forma que alcance tudo que lhe seria outorgado se não houvesse a resistência do devedor (PISKE, 2012, s/p.).

Pelas linhas anteriores, fica notória a importância do Princípio da Efetividade nos Juizados Especiais, pois embora não esteja expresso no texto, é a “pedra fundamental” que vai justificar a positivação de todos os demais Princípios que veremos a seguir.

2.5.3.2 Princípio da oralidade

Através do Princípio da oralidade, é possível vislumbrar todo esforço do legislador em desburocratizar os Juizados Especiais, já que, ao invés de primar pela forma escrita, dá preferência pela forma oral com que se desenvolverão os atos processuais. O fato desse Princípio elencar o rol do artigo 2º da Lei nº 9.099/95 denota que a prioridade dos Juizados deve ser sempre dirimir as controversas, mesmo que para isso seja necessário abrir mão do meio escrito para contemplar a forma verbal com que os atos serão praticados no curso do processo.

A oralidade é um princípio que promove uma maior proximidade entre o magistrado e o jurisdicionado, facilitando uma solução rápida do litígio, sendo uma inovação no cenário jurídico tradicional, tendo ainda como princípios correlatos o da imediatidade, o da irrecorribilidade das decisões

interlocutórias e o da identidade física do juiz, tanto na esfera especial cível, como especial criminal (PISKE, 2012, s/p.).

Entendemos que o Princípio da oralidade não mais é do que um subatributo ou desdobramento do Princípio da informalidade, o qual veremos mais adiante; dada sua relevância para o legislador, o mesmo fez questão de consagrá-lo como instituto autônomo, merecendo destaque dos demais Princípios.

2.5.3.3 Princípios da simplicidade e informalidade

São por excelência os dois Princípios pelos quais foram idealizados e criados os Juizados Especiais, uma vez que, conforme já referido, desde os seus primórdios através da Lei nº 7.244/84, a preocupação do legislador sempre foi no sentido de desburocratizar a justiça, de modo que os dois Princípios aqui examinados sintetizam, de modo auto-elucidativo, os critérios que devem permear os Juizados Especiais.

Os princípios da simplicidade e informalidade revelam a nova face desburocratizadora da Justiça Especial. Pela adoção destes princípios pretende-se, sem que se prejudique o resultado da prestação jurisdicional, diminuir tanto quanto possível a massa dos materiais que são juntados aos autos do processo, reunindo apenas os essenciais num todo harmônico (PISKE, 2012, s/p.).

Por simplicidade compreendemos a preferência legislativa por admitir nos Juizados Especiais apenas “causas de menor complexidade”, conforme já trabalhado no item 3.3; seja qual for o sentido de menor complexidade que se tenha, encontra sua equivalência em um rito simples, portanto não complexo. Aos ritos complexos cabe a tramitação de “causas de maior complexidade”.

Quanto ao Princípio da informalidade, ele reflete a opção legislativa pela ausência de formas, ou melhor; pela preferência de uma ritualística processual que não priorize a forma em relação à matéria, devendo essa prevalecer na hipótese de conflito com a segunda.

Obviamente, a predileção pela matéria em relação às formas, que o Princípio da informalidade contempla, não significa a ausência absoluta de formas, ou a falta de critérios mínimos de segurança procedimental, que os Juizados não contemplam,

mas, ao contrário, diz respeito ao desapego excessivo às formas que é característica comum na Justiça tradicional.

2.5.3.4 Princípios da economia processual e celeridade

Por economia processual é possível obter duas conclusões, ou vislumbrar dois sentidos ao Princípio. O primeiro é economia no que diz respeito a aspectos financeiros que, conforme já ventilado, também foi um dos objetivos do legislador na idealização dos Juizados, uma vez que tanto na esfera estadual, quanto na federal, oferece acesso gratuito aos litigantes, salvo hipótese de recurso, bem como faculta aos pretensos autores a possibilidade de, em primeiro grau de jurisdição, demandar, preenchidos certos requisitos, sem o patrocínio de advogado, tornando o processo judicial mais barato e de fácil ação.

O segundo aspecto, extraído do Princípio da Economia Processual, diz respeito à “economia de atos” ou “fases processuais”, que se verifica mediante o reduzido número de etapas processuais, impossibilidade de alguns recursos existentes na Justiça convencional, e limitação probatória, presente, ainda que em menor escala, nos Juizados Especiais Cíveis Federais.

Já o Princípio da celeridade é uma consequência lógica de toda sistemática dos Juizados Especiais, visto que criados justamente com o intuito de ser meio alternativo e de prestação jurisdicional mais “rápida” do que a Justiça tradicional, na qual, pelo elevado número de recursos disponíveis, possibilidade de dilação probatória, e até mesmo a permissibilidade de medidas meramente protelatória pelos litigantes, acabam gerando uma demora exagerada na prestação jurisdicional.

Pelo princípio da economia processual entende-se que, entre duas alternativas, se deve escolher a menos onerosa às partes e ao próprio Estado. Sendo evitada a repetição inconsequente e inútil de atos procedimentais, a concentração de atos em uma mesma oportunidade é critério de economia processual (PISKE, 2012, s/p.).

2.6 Breve referência ao rito dos Juizados Especiais Federais Cíveis

No que concerne ao rito, ou ao procedimento previsto nos Juizados Especiais Federais Cíveis, recordamos que é o próprio artigo 1º do diploma que determina a

aplicação do disposto na Lei nº 9.099/95 naquilo que não for com a Lei federal conflituoso.

Assim posto, o procedimento ou rito processual previsto na Lei nº 10.259/2001 é o mesmo daquele positivado para os Juizados Especiais na esfera estadual, e esta ancorado em 7 (sete) etapas fundamentais, que são: pedido, citação, conciliação, instrução e julgamento e resposta do réu, sentença, recurso, resposta do recorrido, julgamento em segunda instância e execução.

São ainda admitidos nos Juizados Especiais Federais Cíveis, a exemplo dos Juizados Especiais Estaduais, a interposição de embargos de declaração por qualquer das partes, nas hipóteses de contradição, omissão e obscuridade da sentença ou acórdão.

No rito previsto na Lei nº 10.259/2001, em seu artigo 14, há ainda a possibilidade de pedido de uniformização de interpretação de Lei Federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material, proferidas por Turmas Recursais da interpretação da Lei.

Embora somente possam figurar no polo passivo nos Juizados Especiais Federais a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, não há o instituto do reexame necessário, por expressa determinação do artigo 13 da Lei, assim como há previsão expressa no diploma em seu artigo 22, parágrafo único, da criação de Juizados Especiais Federais Cíveis itinerantes quando o exigirem as circunstâncias.

Por fim, no que diz respeito ao rito estabelecido para o trâmite de Processos nos Juizados Especiais Federais Cíveis, é importante destacar que o mesmo guarda diferença com os Juizados Especiais Estaduais, por permitir uma maior dilação probatória, uma vez que prevê a realização de exame técnico para elaboração de laudos, bem como, ao contrário da justiça convencional, não há previsão de prazos diferenciados para prática dos atos processuais para a pessoa jurídica de direito público, por força do disposto no artigo 9º, da Lei nº 10.259/2001.

2.7 A Conciliação como etapa obrigatória nos Juizados Especiais Federais Cíveis e a sua importância para o efetivo acesso à Justiça

Uma vez esclarecidos pontos importantes acerca do efetivo acesso à justiça e apresentados os Juizados Especiais Cíveis Federais como alternativa aos

obstáculos que impedem ou dificultam a obtenção do direito fundamental de acesso à justiça, examinaremos agora de que modo a conciliação, ou “fase conciliatória” prevista nos Juizados pode ser instrumento de viabilização ou concretização desse acesso.

Preambularmente, não é demais recordar que, em face da subsidiariedade da Lei nº 9.099/1995 à Lei dos Juizados Especiais Cíveis Federais, a fase conciliatória é etapa processual obrigatória, não só por estar positivada no artigo 21 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, mas pelo artigo segundo do mesmo texto o qual consagra expressamente, no seu artigo 2º, que o processo buscará, sempre que possível, à conciliação ou a transação.

Desse modo, e por ser a busca da conciliação a “alma” dos Juizados Especiais, a sua menção está no mesmo artigo em que estão consagrados os Princípios dos Juizados, dada a sua importância para o legislador, que, uma vez colocando o instituto da conciliação em posição de destaque deixa explícito que o mesmo, é a melhor senão a mais segura forma de acesso à justiça.

Atualmente, em razão dos tramites dos Juizados Especiais Federais Cíveis ocorrerem de forma eletrônica, ou via internet, criou-se na Justiça Federal da 4ª Região, uma modalidade chamada de “conciliação virtual”, ou seja; um mecanismo de conciliação que dispensa a realização de audiências, que são substituídas por ícones no painel eletrônico com o que se chama de “fórum de conciliação”, em que a parte ré digitaliza uma “proposta de acordo”, e a parte autora, em um simples “apertar de botão”, decide se concorda ou não com o que lhe fora apresentado, podendo, inclusive, formular contraproposta, digitando um ícone próprio para tanto¹⁸. Tal modalidade de “conciliação” será explanada com maior riqueza de detalhes no terceiro e derradeiro capítulo desse estudo. Embora haja controvérsias acerca da não obrigatoriedade da audiência presencial para a tentativa de conciliação nos Juizados Especiais Federais Cíveis, ao menos nas subseções federais abrangidas pela 4ª região, a sua etapa processual é obrigatória, e uma vez exitosa a autocomposição, a mesma é homologada pelo magistrado, gerando os efeitos próprios do instituto.

Assim como nos Juizados Especiais Estaduais as audiências de conciliação em sede dos Juizados Especiais Federais Cíveis são obrigatoriamente precedentes

¹⁸ O chamado “fórum de conciliação virtual” foi criado no TRF 4ª região, através da resolução nº 31 de 28 de abril de 2016.

às audiências de instrução e julgamento, com a clara intenção do legislador de oportunizar um momento de diálogo entre as partes, procurando por meio do “conciliador” e sua liberdade de estímulo aos litigantes produzir um acordo que iria garantir o acesso à justiça aos demandantes, de forma célere, segura, e, qualidade.

Importante referir que, nos Juizados Especiais Federais Cíveis, o não comparecimento justificado da parte autora na audiência de conciliação gera a extinção do feito sem resolução do mérito, exceto se comparecer seu advogado ou alguém por ela indicado, ao passo que a ausência do réu na figura de seu preposto ou procurador não traz como resultado a revelia processual, pois em se tratando da União, autarquias e empresas públicas federais, a quem, ao menos no plano teórico, devem ter seus interesses protegidos, por representarem o interesse de toda coletividade.

Dos acordos entabulados pelas partes em sede de Juizados Especiais Federais Cíveis, haverá a homologação por parte do juiz titular do juizado, ocasião em que o feito será extinto com a resolução do mérito.

Nas hipóteses em que não restar acordo nas audiências de conciliação nos Juizados Especiais Federais Cíveis, deverá ser realizado a audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que as partes produziram as provas que entenderem pertinentes, e após a proferição da sentença.

Por derradeiro, convém esclarecer que as audiências de conciliação, a serem realizadas nos Juizados Especiais Federais Cíveis, não podem ocorrer de modo “improvisado” ou rápido a ponto de inviabilizar qualquer tentativa real da obtenção de um acordo, entendendo nesse caso a doutrina que o tempo razoável para a duração da audiência de conciliação deve ser entre quarenta e cinco (45) e cinquenta (50) minutos, permitindo então um amplo diálogo com vistas a um acordo em audiência.

À audiência deve ser reservado o tempo de 45 minutos a 1 hora de duração. Não é possível iniciar um diálogo sob o peso do relógio. Não é aconselhável ultrapassar certas fases da audiência em prol de uma pauta longa de processos. A fase de conciliação pode ser cansativa e psicologicamente estressante. As pessoas não devem se sentir envolvidas em um furação ou mutirão de processos. Elas precisam se sentir valorizadas, pois o juiz está dedicando o seu tempo e a sua atenção a elas. Então, elas são importantes para a justiça. Elas e o seu caso (SILVA; SCHAFER, 2007, p. 74).

Elucidados aspectos importantes do instituto da conciliação, sua função e importância como meio alternativo de acesso à justiça, e a sua relação e diferenças com os outros meios de solução de conflitos, bem como examinados alguns pontos acerca da conciliação enquanto etapa dos Juizados Especiais Federais Cíveis, iremos, a partir de agora, atualizar com que grau de equilíbrio o instituto da conciliação convive quando as partes na demanda têm dimensões distintas e se, não obstante a diferença de força entre os litigantes, ela ainda pode ser considerado instrumento eficaz de acesso à justiça nos Juizados Especiais Federais Cíveis.

3 A CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA PREVIDENCIÁRIO: ENTRE A GARANTIA E A LEI DO MAIS FORTE

De acordo com o que fora examinado no capítulo precedente, parece não pairar dúvidas de que a conciliação, assim como outros meios de autocomposição, e mesmo heterocomposição dos conflitos, pode ser bom instrumento alternativo a tutela jurisdicional (tradicional meio de heterocomposição de conflitos) pois, conforme foi visto esse instituto apresenta vantagens que não se encontram em alguns dos meios paralelos de acesso à justiça, tais como maior celeridade, garantia, pelo menos parcial, de satisfação do direito em conflito bem como o compartilhamento da decisão entre os atores participantes, tornando o ambiente conciliatório menos adversarial e mais harmônico.

Todavia, e não obstante as vantagens elencadas no instituto da conciliação, o ponto de partida para confirmar tais vantagens é o fato de que, ao menos em tese, as partes litigantes que participam da conciliação tenham os mesmos recursos intelectuais e jurídicos, ou ao menos que haja um “equilíbrio de forças” entre os participantes da conciliação.

Entretanto quando uma das partes é mais forte, no que diz respeito a “poder de negociação”, “conhecimento jurídico” e até mesmo “capacidade de espera” de uma eventual sentença final, as vantagens e resultados supostamente obtidos na conciliação podem restar frustrados, ainda mais quando, de um dos lados está à figura do Estado, seja representado através da União, de autarquias ou de empresas públicas. No caso específico desse trabalho, estão colocados, frente a frente, na conciliação, o indivíduo segurado e a Previdência Social, representada pelo INSS e seus procuradores.

Assim, é frente a essa realidade que iremos averiguar até que ponto a distância entre os litigantes pode influenciar no momento de celebrar um acordo na conciliação e, para desvendar essa dúvida, trabalharemos nas linhas a seguir como o objeto de litígio, o benefício previdenciário de auxílio doença, perseguido pelo segurado e negado administrativamente pela Previdência Social.

3.1 O benefício de auxílio doença previdenciário como instituto de garantia

Conforme examinado no primeiro capítulo, o benefício de auxílio doença previdenciário é uma espécie de benefício por incapacidade, que tem por fim último à proteção do segurado vítima de qualquer doença incapacitante para o trabalho e sua família, como contraprestação pelos recolhimentos daquele para com a Previdência Social.

Dessa forma, sendo a Previdência Social instituto de garantia (vide capítulo 1), também o são, os benefícios por ela abrangidos, já que a natureza com que a Previdência Social é revestida estende-se a tais benefícios entre os quais está o de auxílio-doença, direito a todos os indivíduos que detenham o que a doutrina convencionou chamar de “qualidade de segurado”.

Obviamente, para a obtenção ou retomada da “qualidade de segurado” da Previdência Social é necessário por parte dos indivíduos o preenchimento de certos requisitos, sem os quais não poderão gozar dos benefícios oferecidos pela autarquia previdenciária, ficando então a cargo de algum benefício da “Assistência Social” que, juntamente com a “Saúde” e a “Previdência”, formam os três pilares da “Seguridade Social” consagrados na Carta Magna, em seu artigo 194 e seguintes.

Conforme elucidado no parágrafo precedente, os requisitos para obtenção da qualidade de segurado é, pela redação da Lei nº 8.213/91, o recolhimento de no mínimo doze contribuições ininterruptas à Previdência Social ou pelo menos quatro recolhimentos sucessivo para recuperação da qualidade na hipótese da perda da “qualidade de segurado”, o que assim, devolve ao indivíduo o direito de usufruir, caso necessário de todos os benefícios por incapacidade disponibilizados pela Previdência Social.

3.1.1 Quando o segurado incapacitado para o trabalho bate às portas do Poder Judiciário, pleiteando a concessão do benefício de auxílio doença previdenciário

Quando o segurado da Previdência Social que se considera incapacitado para o trabalho e opta por buscar a concessão do benefício de auxílio doença pretendido pela via judicial, significa que, pelo menos teoricamente, já não há meios de obter o direito administrativamente, ou pelo fato de ter sido indeferido em primeira instância

pela Previdência, ou mesmo após ter esgotado por completo a “esfera administrativa” com o chamado “pedido de reconsideração”.

Dessa forma, não logrando êxito, o segurado tem como alternativa última à interposição de uma ação judicial contra o INSS, visando, através dessa medida, à nulidade do ato administrativo que lhe indeferiu o benefício de auxílio doença e, conseqüentemente, a concessão de tal benefício através do Poder Judiciário.

No entanto, nem sempre a análise dos requisitos leva a uma interpretação convergente do requerente e do INSS. Um segurado pode pretender o reconhecimento de tempo rural que a autarquia não admite; pode alegar uma incapacidade que o médico perito administrativo não reputa existente; pode sustentar uma dependência econômica baseada em documento que o INSS não reputa suficiente; pode pretender um cálculo diferenciado do valor inicial do benefício concedido administrativamente; pode sustentar a incorreção nos valores dos reajustes previdenciários concedidos ao longo do tempo, entre tantas outras situações. É nesses casos de impasse que surge o conflito. Caso não seja possível a solução administrativa- como normalmente não é-, há a judicialização do problema, com o ingresso de uma ação judicial perante uma Vara Federal, um Juizado Especial Federal ou perante a Justiça Estadual em exercício de competência delegada (TAKAHASHI, 2016, p. 23).

Uma vez interposta à ação judicial para reverter decisão de indeferimento de benefício de auxílio doença prolatada pelo INSS, o segurado, na grande maioria das vezes não retorna as atividades laborais por não ter condições clínicas ou psíquicas para tal, ficando, a partir do indeferimento administrativo e diante da impossibilidade de reingresso ao trabalho completamente sem renda, experimentando nesse exato momento uma enorme “desvantagem” em relação à autarquia que ao contrário do segurado, não tem pressa nenhuma para o deslinde do feito.

A mera decisão do segurado vítima de doença incapacitante para o trabalho, e que viu indeferida sua pretensão no âmbito administrativo, em ingressar ou não com uma ação judicial, já é repleta de dúvidas e receios, uma vez que deve ter a consciência de que ele, e conforme o caso sua família, permanecerão sem rendimentos até que se julguem procedentes os pedidos elencados na peça inicial, independentemente do tempo que poderá levar para tanto, e ainda, sem nenhuma garantia de que o feito será julgado procedente.

Assim, a desigualdade entre as partes inicia antes mesmo do ingresso em juízo para a concessão de algum benefício previdenciário por incapacidade, pois o segurado já tem contra si a certeza de que ficará sem perceber rendimentos pelo menos enquanto não for prolatada a sentença, ainda correndo o risco, atinente a

todo processo judicial de vê-la improcedente, ao passo que a autarquia previdenciária não experimenta dos mesmos problemas. Essa situação é ainda mais grave quando se trata de segurado “comerciário”, pois na maioria dos casos às empresas recusam-se a readmiti-lo ao trabalho enquanto perdurar a doença.

Entretanto, no que se refere à morosidade processual a que os autores/segurados são submetidos nas hipóteses de processos visando a concessão ou restabelecimento de benefícios por incapacidade, e, embora não seja objeto direto desse estudo, é importante ressaltar as ações reivindicando auxílio-doença por acidente de trabalho e que compete a Justiça Estadual para o seu processamento, o que, dadas as escassas e recentes Varas de Acidente do Trabalho podem, por vezes, estender-se por anos, sujeitando o autor/segurado a situações de verdadeira penúria¹⁹.

Todavia, e conforme largamente explanado no capítulo 2 desse estudo, não obstante a criação dos Juizados Especiais Federais Cíveis terem sido instituídos para amenizar o tempo de espera dos litigantes que a ela optam, em face da maior celeridade do seu rito frente às cortes convencionais, o tempo que um processo o qual visa à concessão de algum benefício por incapacidade e, de modo especial, o auxílio doença, pode levar, às vezes é demasiadamente exagerado, sobretudo por se tratar de ação de caráter eminentemente alimentar.

Pelas considerações anteriores, já resta suficientemente claro que a pressa pela decisão judicial é quase que exclusiva do segurado, estando o INSS em uma posição processual extremamente confortável, configurando aí uma enorme desvantagem do primeiro com relação ao segundo, a qual só aumenta com o transcorrer do processo no curso do tempo, levando muitas vezes o segurado a ter que procurar pequenas tarefas paralelas para suprir o orçamento familiar, colocando-se assim, a si próprio e a terceiros a riscos em virtude de que o exercício de algumas atividades são impróprias para pessoas com determinadas patologias.

E é nesse contexto de gritante disparidade que o processo inicia. De um lado o segurado quase que em situação de desespero e furtado do direito fundamental à

¹⁹ A competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento das ações de benefício de auxílio doença decorrentes de acidente de trabalho é fruto da redação da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 109, I que assim determina:

Art. 109, I- Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

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

Previdência Social e do benefício por incapacidade (auxílio doença) por ela oferecido, de outro uma das autarquias federais de melhor situação atuarial sem absolutamente nenhuma pressa, e contando com procuradores mais das vezes altamente capacitados e preocupados em exercer uma defesa de qualidade para manter a validade do ato administrativo que deu origem a demanda, ato, conforme se verificará muitas vezes arbitrário e até ilegal.

Dessa forma, é frente a essa realidade de desequilíbrio que tem início uma ação judicial que tem por objeto a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença, de um lado o autor segurado doente e sem possibilidade de trabalho, portanto sem perceber salário, muitas vezes acumulando dívidas para a aquisição de alimentos e remédios, e do outro o réu INSS, alçoz na esfera administrativa e cujo ato administrativo visa ser anulado contando com presunção de veracidade, fazendo com que recaia ao segurado quase que inteiramente a responsabilidade de provar que fazia jus ao benefício por incapacidade desde antes da decisão de indeferimento da autarquia ré.

3.1.2 A perícia médica judicial, “a hora da verdade” e a sua natureza socialmente segregatória

As ações de concessão de benefícios de auxílio doença previdenciário normalmente tramitam por meio dos Juizados Especiais Federais já que, conforme anteriormente estudado, a competência dessa Corte é absoluta e, independentemente da matéria em litígio, se o valor da causa à época do ajuizamento não for superior a 60 (sessenta) salários mínimos nacionais, é através dos Juizados que irá tramitar, somando-se aquelas em que, por deliberação da parte, há a renúncia expressa dos valores que porventura venham a exceder o teto legal para o trâmite nos Juizados.

Salvo raríssimas exceções, os valores das ações de concessão do benefício de auxílio doença previdenciário ultrapassam os 60 (sessenta) salários mínimos nacionais, uma vez que os valores a serem percebidos a título de benefício de auxílio doença previdenciário, no mais das vezes, são de renda mínima ou, quando muito, ligeiramente acima desse patamar, o que então justifica a sua tramitação, pelo menos na maioria dos casos, nos Juizados Especiais Federais Cíveis.

Entretanto, embora haja por parte dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, regidos pela Lei 9.099/1995, uma enorme limitação probatória, o mesmo não se verifica nos Juizados Especiais Federais Cíveis que, ao contrário, permitem a produção de uma ampla variedade de provas, como, por exemplo; a realização de perícias (exame técnico).

O exame técnico é uma perícia simplificada, de natureza objetiva e concisa por excelência. Deve ser apresentado em juízo até 5 dias antes da audiência. As partes não são intimadas da sua juntada nos autos, pois são advertidas do prazo para entrega no despacho inicial. Cabe a elas comparecer no JEF e tomar ciência do resultado, impugnando-o se for do seu interesse. Prazo para impugnação: 5 dias ou na audiência (SILVA; SCHAFFER, 2007, p. 80).

Dessa forma, e por força dessa maior possibilidade probatória dos Juizados Especiais Federais Cíveis, para que o segurado possa provar sua incapacidade laboral, é facultado ao magistrado de ofício, ou, a requerimento das partes, a designação de uma perícia médica judicial, a ser realizada em dada e local previamente comunicado às partes, e realizada por médico, em sua maioria especialista na patologia informada pelo segurado na peça inicial, para, que, mediante um parecer técnico seja possível fundamentar o entendimento do magistrado acerca da incapacidade ou não do segurado para o exercício de atividades laborais.

Obviamente, a designação da perícia médica judicial, seja por requerimento das partes, seja mesmo de ofício pelo magistrado, faz-se necessária pela ausência de um profundo conhecimento médico por parte do Juiz que, no curso dos processos previdenciários por incapacidade, valem-se do auxílio dos profissionais da área médica a fim de que possam, com as conclusões por eles obtidas, ter posse dos elementos técnicos para melhor realizar a prestação jurisdicional.

Em se tratando ações que buscam a concessão de benefícios previdenciários ou assistenciais em que a incapacidade/invalidez/deficiência dos autores/segurados está em tela a discussão, a perícia médica passou a ser determinante na tomada de posição do Juiz. Dito procedimento ganhou novos contornos nas ações em que os peritos médicos passaram a ser designados como auxiliares do juiz, situação em que concedeu tanto destaque a perícia que os laudos passaram a ser determinantes no binômio procedência/improcedência (BOLSON; COSTA, 2014, p. 59).

E é nessa fase processual que novamente se verifica a distância entre as partes litigantes nas ações de concessão de benefícios de auxílio doença previdenciários, uma vez que, embora o magistrado não esteja adstrito ao conteúdo do laudo pericial, nem a nenhum outro meio de prova, é de conhecimento público que, na maior parte dos casos, a sentença judicial acompanha a conclusão pericial, seja para julgar pela procedência ou pela improcedência do pedido.

O desequilíbrio apontado no parágrafo anterior, no que diz respeito à realização da perícia médica judicial é facilmente perceptível ao passo que, em uma enorme quantidade de casos, embora o segurado esteja realmente incapacitado para o trabalho, não possui recursos financeiros para realizar os exames e consultas médicas que irão fundamentar a conclusão do *expert*, de maneira que, embora possa haver alguma doença incapacitante para o exercício de atividades laborais, não estará documentada, gerando como consequência a impossibilidade do médico perito de diagnosticar a patologia para confecção do laudo.

Também é de conhecimento público as mazelas enfrentadas diuturnamente para os indivíduos que dependem do sistema de saúde pública no Brasil, mazelas que chegam a níveis absurdos como o exemplo de casos amplamente noticiados em diversos meios de comunicação, em que, entre a data da marcação da consulta médica e a data da efetiva realização dela, o paciente que aguardava o atendimento, inclusive já teria ido a óbito, face às precariedades da saúde pública e a demora nos atendimentos.

E com a maioria dos segurados da Previdência Social não é diferente visto que, entre a data da realização da perícia médica judicial, e a data que esta agendada a consulta ou exame médico pelo sistema público de saúde há uma enorme distância temporal, obrigando então o segurado a comparecer ao exame médico pericial munido com pouquíssimos e antigos documentos médicos, ou pior, sem qualquer documento que ateste a patologia incapacitante para o trabalho, ocasionando assim um laudo médico pericial desfavorável para si o que, quase na maioria das vezes, irá ser fator decisivo para a improcedência do feito.

Somado a isso, ainda há na fase da perícia médica judicial uma enorme diferença entre o segurado e o INSS. Tal diferença consiste no fato de que, pela absoluta falta de recursos que assola o segurado, esse praticamente nunca pode contar com a colaboração de um assistente técnico para elaborar quesitos para o *expert* judicial, ao passo que a autarquia tem a seu favor um vasto quadro de

médicos a seu dispor, que, invariavelmente elaboram tais quesitos a serem respondidos pelo perito judicial, naturalmente os elaborando de forma, a colher informações vantajosas ao INSS.

Mas as desigualdades verificadas na fase pericial não param por aí, pois após a realização do exame médico pericial, em caso de a conclusão diagnóstica for para a inexistência de incapacidade para o trabalho, o segurado novamente não irá dispor de recursos para contratar um médico capaz de fazer a impugnação técnica de tal conclusão, ficando essa tarefa a maioria das vezes a cargo dos seus advogados que, sem conhecimento técnico, acabam por não terem muito êxito na impugnação.

Por outro lado, a autarquia, quase que na maioria das vezes apresenta impugnação quando a conclusão do laudo médico pericial é no sentido de que por parte do segurado há doença incapacitante para o trabalho, pois, assim como na fase da elaboração de quesitos, conta um corpo médico extenso e tecnicamente capaz de realizar a impugnação da conclusão, ou de quesitos desfavoráveis ao INSS com a máxima competência, resultando não raramente na mudança de respostas chaves nos laudos periciais que vão culminar, em última análise, com a improcedência do pedido do autor segurado.

É nesse quadro de profundo desequilíbrio entre segurado e INSS que os processos de concessão de auxílio doença previdenciário se desenvolvem, observando-se um acúmulo de prejuízos para o segurado, desde a espera do trâmite processual sem auferir salário ou recursos de nenhuma natureza, passando pela situação precária que muitas vezes o acompanha na ocasião da realização da perícia médica judicial que, conforme referido, é o momento probatório decisivo para poder demonstrar tecnicamente sua incapacidade laboral até o momento posterior à perícia, em que novamente, pela falta de recursos, não pode contar com a assistência de médicos para elaborar a impugnação pericial.

Ao final da fase pericial e, na hipótese de transpostas todas as adversidades a que o segurado/autor está submetido, se a conclusão diagnóstica realizada pelo *expert* for pela incapacidade laborativa é, comumente realizado pelos servidores do cartório onde tramita o processo realizado uma “triagem” em departamento próprio da sede da Justiça Federal, com vistas a designar “audiências de conciliação” para os processos que obtiveram laudos médicos periciais “favoráveis”, ou seja; para aqueles processos cujo a perícia médica judicial detectou alguma doença incapacitante para o trabalho.

E é após a “triagem” que se inicia o momento de maior e mais notória “disparidade de armas” entre o autor/segurado e o INSS que, em data e local designada pelo juízo, irão se encontrar para uma audiência de “conciliação”, ocasião em que, nas linhas a seguir, restará claro que dentre todas as etapas processuais até agora percorridas essa é a em que melhor se evidencia a desigualdade entre as partes litigantes.

3.2 A conciliação nas ações de auxílio doença previdenciário

Conforme foi possível observar no desenvolvimento desse capítulo, não há qualquer dúvida acerca das vantagens que o INSS contabiliza em relação ao autor/segurado a partir do momento em que decide, ainda na esfera administrativa, pelo indeferimento do pedido de concessão de auxílio doença previdenciário, ocasião em que recai sobre o autor/segurado a enorme responsabilidade de ingressar ou não com uma ação judicial para anular o ato administrativo (com presunção de veracidade) e, a partir disso, ver concedido o auxílio doença previdenciário denegado naquele âmbito.

Com a interposição da peça vestibular, iniciando o processo, o autor/segurado, após algum período de espera, passa pelo exame médico pericial, que é a prova técnica que, em última análise, será, na esmagadora maioria dos casos, o elemento probatório definitivo para a procedência ou não do feito, e tendo contra si, nessa ocasião, todas as desvantagens mencionadas no item precedente, tais como a tramitação do feito sem o recebimento de salário, a falta de recursos para contratação de assistente técnico e até mesmo a tênue documentação médica que será levada ao conhecimento do *expert* para elaboração do laudo, documentação pouco ou nada realizada pela escassez de recurso para sua produção.

Mas é no momento da audiência conciliatória que a soma de todas as desvantagens experimentadas pelo autor/segurado se farão presentes de modo mais perceptível, somadas ainda com outras “vantagens” das quais o INSS está revestido por se tratar de um poderoso e constante litigante que, justamente por ter uma rotina de ações em que é réu possui também uma vasta fonte de recursos de que pode lançar mão no momento da audiência de conciliação, visando à concessão de benefícios por incapacidade e, de modo particular, o benefício de auxílio doença.

3.2.1 A qualidade versus a quantidade de conciliações

Quando imaginamos o instituto da conciliação, não raro nos deparamos quase que imediatamente com algumas das indiscutíveis vantagens que ele oferece e que foram, em boa parte, elencadas no capítulo segundo desse trabalho, mas, em contra partida, um grande número de conciliações realizadas e acordos homologados nem sempre significam que a conciliação tenha ocorrido e se desencadeado com qualidade, ou seja, embora tenha sido celebrado um grande número de acordos, frutos de conciliações, não autoriza dizer que eles foram benéficos e serviram de efetivo acesso à justiça, sobretudo quando há na mesa conciliatória dois polos tão desiguais como nas ações de concessão de auxílio doença previdenciário.

Assim, relaciona-se qualidade (melhor forma) com quantidade (menor tempo/menor número). É intuitivo afirmar que um elemento nem sempre implica ou outro, uma vez que, apesar de a rapidez na resolução do maior número de casos ser importante em um país marcado pela morosidade judicial, só não basta. Se apenas a quantidade importasse, a conciliação só teria sentido enquanto o Judiciário fosse caracterizado pela demora e enquanto existissem mais processos que a capacidade de julgamento. Em contrapartida, caso se defenda que a conciliação deve ser um mecanismo permanente de resolução de conflitos, é natural que haja uma preocupação com a qualidade (TAKAHASHI, 2016, p. 14).

Obviamente, é desnecessário lembrar que a qualidade e quantidade podem andar juntas, e o fato de haver um número expressivo de audiências de conciliação não significa que elas não sejam conduzidas com qualidade. Como prova da possibilidade de integração entre quantidade e qualidade nas audiências de conciliação em ações de concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença está a capacidade do conciliador em reconhecer e “administrar” o desequilíbrio que marca as partes em uma lide dessa natureza.

Por outro lado, o conciliador que porventura ignora essa desigualdade entre autor/segurado e INSS pode incorrer no erro de não utilizar a sua “faculdade” de indução ou estímulo às partes na audiência, resultando assim na formação de um acordo extremamente desfavorável para uma das partes (em regra autor/segurado) que, face a pressa para o deslinde do feito, pode acabar sendo submetido a acordos “draconianos”, comprometendo assim de modo flagrante a qualidade que deveria pautar a audiência de conciliação e o respectivo acordo dela advindo.

3.2.2 A morosidade processual como fator de influência na conciliação

Há uma lição de Ovídio A. Batista que assim defini a correlação entre segurança jurídica e celeridade processual: a "urgência da tutela" (e não a tutela de urgência) fez com que a procurada efetividade ficasse reduzida, tendencialmente, à simples celeridade na prestação da tutela processual exigida²⁰.

Se analisado do ponto de vista de uma audiência de conciliação, visando à concessão de benefício previdenciário de auxílio doença, essa análise nunca foi tão verdadeira, uma vez que, por se tratar de um benefício de natureza eminentemente alimentar, o autor/segurado pode, face a sua situação de hipossuficiência, acabar concordando com a celebração de um acordo que, embora lhe traga uma solução rápida, pode a médio e longo prazo ser extremamente desvantajoso, resultando em seu retorno à parte anterior em um curto espaço de tempo, ou até pior a da ocasião anterior a da audiência de conciliação.

O acúmulo de contas e a falta de recursos para a compra de remédios, realização de exames e consultas médicas, somados à ausência de alimentos e outros utensílios básicos à sobrevivência humana por parte do autor/segurado podem, em uma eventual audiência de conciliação, serem utilizados pelos procuradores do INSS como instrumento de "barganha", lançando propostas de conciliação irrisórias, mas que, se recusadas pelo segurado, vão remeter o feito ao inevitável deslinde por meio de sentença judicial, o que, em análise última, iria prolongar a situação de penúria do segurado, pois o tempo que o magistrado levaria para "dar o direito" poderia demorar ainda mais alguns meses.

Ainda no que se refere à morosidade processual como elemento decisório no resultado da conciliação, convém referir que, no mais das vezes, a espera para a concessão judicial do benefício de auxílio doença gera ao autor/segurado uma desordem ou desagregação familiar, ao passo que não raramente a renda a ser obtida através do benefício é a única fonte de receita familiar, culminando que não somente o autor/segurado, mas outros membros do núcleo familiar, acabam por serem prejudicados pela espera, e, por consequência, sofrendo as mesmas mazelas que a demora processual causa ao "provedor".

²⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Celeridade versus Economia Processual. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 15, jan-mar. 2000, p. 50.

Os fatos acima referidos vão ter uma extraordinária influência no momento da conciliação, pois a disfuncionalidade familiar porventura criada pela demora processual e a conseqüente “necessidade” pelas quais passa o núcleo familiar do autor/segurado serão elementos de enorme pressão a que ele estará submetido no momento de “celebrar um acordo” em audiência de conciliação pois, na ânsia de atenuar o sofrimento de seus entes queridos, existe o risco iminente do segurado também vir a aceitar um acordo não muito vantajoso, mas que, a curto prazo, lhe trará solução, ainda que ela seja de curta ou curtíssima duração.

Em situação antagônica, a do autor/segurado está o INSS, naturalmente representado em audiência por bons procuradores e pela experiência forense, ao menos presumem a situação pela qual o primeiro está experimentando, não sendo, portanto raro, que os representantes da autarquia se valendo de tal sofrimento possam apresentar propostas irrisórias de acordo, ignorando inclusive as conclusões médicas periciais, para oferecer ao autor/segurado acordos em termos bem inferiores ao que provavelmente iria lograr quando da prolação da sentença, que, caso frustrada a tentativa conciliatória, irá definir o processo, provavelmente mais alguns meses após a tentativa de conciliação.

Por esse prisma não é difícil, a luz do item 3.2.1 observar como nem sempre a quantidade de acordos celebrados está ligado com a qualidade dos mesmos, visto que, em situações como a mencionada nos parágrafos precedentes e, na hipóteses da concordância do autor /segurado com uma proposta notadamente desvantajosa para si (provavelmente motivada pelo desespero), o efetivo acesso à justiça resta prejudicado pois, nesse caso, a solução mais “rápida” trazida pela conciliação sem dúvida não foi a “melhor”, sobrepondo-se assim a quantidade do acordo em detrimento à qualidade.

A conseqüência de um acordo desvantajoso para o autor/segurado será inexoravelmente, e em um curto espaço de tempo, o seu retorno às hostes do Poder Judiciário já que, pela precariedade do acordo por ele celebrado e, muitas das vezes, pelo ínfimo tempo de duração do benefício “objeto do acordo”, o tempo de duração do benefício de auxílio-doença estabelecido pelas partes e homologado pelo juiz não será suficiente para a sua plena recuperação física, acarretando, como conseqüência natural, o seu reingresso na Previdência Social com o intuito de ver prorrogado seu benefício, ocasião em que terá de passar por nova perícia administrativa e, em caso de novo indeferimento, o ingresso com uma nova ação

judicial para, dessa vez, ver “restabelecido” o auxílio-doença que fora fruto do acordo pretérito.

Ainda na situação exposta nos parágrafos anteriores, resta claro a quase “inutilidade” do acordo celebrado entre autor/segurado e o INSS pois, se tal acordo tivesse levado em consideração critérios como a situação pessoal do segurado (doença, idade, grau de escolaridade, etc.), somada às condições clínicas do mesmo e de ter acesso a recursos médicos, ele provavelmente não estaria novamente na mesma situação em que se encontrava no momento imediatamente anterior a realização do acordo e, por consequência, pouparia a si e a “máquina judiciária” de ter de enfrentar novo processo, pelas mesmas razões já objetos de acordo anterior.

Essa “disparidade de armas” entre o autor/segurado e o INSS no ato conciliatório, e suas consequências finais não é salutar nem mesmo ao Poder Judiciário, que se vê obrigado a reprocessar e reapreciar nova demanda entre as mesmas partes, gerando uma violação ao Princípio da economia processual, tanto no que diz respeito ao tempo que esse novo processo irá dispensar de juízes, Ministério Público, e demais servidores, como com relação a custas financeiras, com o pagamento de novo exame médico pericial, despesas cartoriais etc.

Nessa seara, a morosidade processual notadamente “favorável ” ao INSS em detrimento do autor/segurado, “escancara” a diferença de forças entre os litigantes, ocasionando que o primeiro, em razão de estar sofrendo diretamente com os efeitos da demora, é quase “submetido” ao segundo a acolher os termos conciliatórios por ele proposto. Caso não concorde com o que fora apresentado pelo INSS, na grande maioria das vezes através de propostas prontas e sem margem para alterações, terá que aguardar pela prolação da sentença, retardando ainda mais o seu sofrimento e de seus familiares.

Por fim, é possível afirmar, e por todas as razões expostas nas linhas anteriores, que a morosidade ou demora processual vai, no curso do processo sendo um fator de prejuízos cumulativos para o autor/segurado que, fatalmente, irá ser deflagrado no ato conciliatório, demonstrando assim, de modo irrefutável que, embora “formalmente” haja equilíbrio entre as partes no momento da conciliação, no mais das vezes e pela fragilidade daquele, é o INSS que irá estabelecer os termos e as condições em que o acordo será celebrado, ou, até mesmo, se será celebrado, o

que uma vez não ocorrendo restará garantido ao autor/segurado mais alguns meses de espera até que o Juiz sentencie a lide.

3.2.3 O INSS como litigante habitual

Outra extraordinária vantagem do INSS contra o autor/segurado nos processos visando à concessão de benefícios por incapacidade e, de modo particular nas audiências de conciliação é, sem dúvida, o fato de estar litigando constantemente, condição essa que lhe assegura uma *práxis* forense significativamente maior que seu opositor que, ao contrário, na maioria das vezes, não tem intimidade com as etapas processuais, sendo cada um dos atos do processo um difícil caminho a ser percorrido.

Uma das vantagens de ter uma rotina ou habitualidade de litígios, sobretudo quando se trata da maior autarquia do país, é o fato de possuir vasta documentação sobre o autor/segurado, uma vez que é nas dependências do INSS que se encontra o “processo administrativo” que culminou com a improcedência do pedido na esfera administrativa.

As informações contidas nesses processos administrativos de posse da autarquia são extremamente relevantes não apenas no ato da conciliação, mas no decorrer de todo processo judicial, uma vez que contém cópia de todos os documentos médicos utilizados pelo autor/segurado na ocasião da perícia administrativa, bem como o tempo exato de recolhimento deste para com o RGPS, que, em certas ocasiões, pode apontar períodos sem contribuição que tem a capacidade de, mesmo com um laudo pericial judicial favorável para si, derrubar sua pretensão pela falta da qualidade de segurado ou pela arguição de doença preexistente²¹.

²¹O termo “doença preexistente” é utilizado nas hipóteses que, embora o segurado ou autor/segurado tenha uma doença incapacitante para o trabalho, esta iniciou antes do cumprimento mínimo de carência para adquirir ou readquirir a “qualidade de segurado”, ocasião em que tanto administrativamente como judicialmente não terá direito ao benefício pretendido. Outra importante distinção a fazer é a data do início da doença e a data do início da incapacidade, pois a “doença preexistente” na verdade refere-se a “incapacidade preexistente,” uma vez que mesmo que o segurado ou autor/segurado estivesse acometido da moléstia antes de adquirir ou readquirir a “qualidade de segurado” o critério para verificar a preexistência ou não é o da “data da incapacidade laboral”, configurando então um “vício de linguagem” de parte da doutrina e dos atores nos processos previdenciários.

É importante destacar que essa fatura documental de que dispõe o INSS acerca do autor/segurado é fruto de ter sido exatamente o INSS o “juiz” na esfera administrativa, sendo que, em última análise, o que está sendo pleiteado nas ações de concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença é a nulidade do ato administrativo que indeferiu a concessão do benefício previdenciário ora pleiteado e, por consequência e a concessão judicial do mesmo, de modo que não seria incorreto afirmar que o antigo “juiz” agora é parte no processo, e tem a sua disposição todo arcabouço probatório que foi produzido outrora pelo autor/segurado para agora, utilizar contra ele.

Obviamente, esse conhecimento detalhado das circunstâncias pessoais que tem o INSS em relação ao autor/segurado serão de grande valia no ato conciliatório pois, sabendo com riqueza de detalhes tais circunstâncias somadas aos acontecimentos próprios do processo judicial, poderá utilizar-se de tudo isso para formular propostas que atendam exclusivamente a seus interesses, inclusive estabelecendo rígidas margens de transação de acordos com base nas fragilidades identificadas dos autores/segurados advindas dos dados administrativos.

Outra enorme vantagem, pelo menos em tese, que a autarquia detém em face do autor/segurado é o fato de contar em todo processo, e também na fase de conciliação, com um extraordinário corpo de procuradores federais integrantes do quadro da advocacia geral da União que, ao contrário do autor/segurado, são habituais litigantes em defesa do INSS, enquanto o outro, conforme visto nas linhas anteriores, tem apenas o seu processo em curso, somado ao fato de, muitas vezes e por razões econômicas, ter de ser representado em juízo por advogado público ou privado, com pouca ou sem nenhuma experiência em causas contra o INSS.

O INSS, além de possuir acesso privilegiado de informações do segurado, é dotado de um orçamento considerável e é representado em Juízo por um corpo qualificado de procuradores federais integrantes do quadro da Advocacia-Geral da União. Como se trata do maior litigante do poder Judiciário brasileiro, o INSS está acostumado a estar em juízo, podendo-se valer das vantagens da litigância habitual (TAKAHASHI, 2016, p. 30).

Outra vantagem que o INSS tem em relação ao autor/segurado, fruto da sua litigância habitual é não apenas o domínio das etapas processuais, conforme já esclarecido, mas a facilidade com o universo linguístico próprio do direito previdenciário que, por vezes, pode confundir até mesmo advogados que não

tenham familiaridade com a área, e ainda mais o autor/segurado que pode ser considerado “leigo” nos trâmites e expressões processuais. Essa “facilidade linguística” que tem os procuradores do INSS é instrumento poderoso a ser utilizado nas audiências de conciliação, pois podem ser facilmente utilizadas como códigos a que o autor/segurado no mais das vezes desconhece.

O encontro entre duas realidades do INSS e do indivíduo provoca até mesmo dificuldade de comunicação, sendo perceptível em algumas situações a existência de “diferenças de universos linguísticos”. A propósito, lembre-se também de que é comum o uso de conceitos que nem mesmo profissionais do Direito manejam com facilidade, como “qualidade de segurado”, “renda mensal inicial”, “data do início do benefício”, “data do início dos pagamentos”, sem considerar as inúmeras siglas de que se vale o INSS, como DIB, DER, DIP, RMI, entre outras. Tal situação é agravada quando se percebe que os juízes e conciliadores também adotam termos técnicos sem a preocupação necessária quanto à compreensão das partes (TAKAHASHI, 2016, p.33).

Enfim, verificando de que modo a habitualidade com que o INSS litiga e comparando com a forma ocasional com que litiga o autor/segurado, não paira qualquer dúvida de que o primeiro leva enorme vantagem frente ao segundo em uma audiência de conciliação e, mesmo em nível processual, já que entre tantas possibilidades a que um litigante habitual possui, está inclusive aquela de formar precedentes para julgamento futuros, o que não é possível e tampouco interessante para o litigante esporádico.

3.3 O novo foro de “conciliação virtual” e a distância entre os litigantes

Antes de adentrarmos no tema específico da “conciliação virtual” e seu reflexo para os litigantes, é imperioso destacar que, nos dias atuais, a Justiça federal da 4ª Região atua de modo quase que inteiramente eletrônico em medida que começou a ser implementada no ano de 2003 de maneira embrionária, com a criação dos primeiros Juizados Especiais Federais eletrônicos, através do sistema denominado “e-Proc v1”, sistema próprio para o tramite nos Juizados²².

²² Já em 2003, teve início a implantação do sistema de processo eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, e-Proc v1, originalmente voltado a ações oriundas dos JEFs. Com a utilização da tecnologia, a Justiça Federal pode aprimorar os serviços oferecidos ao cidadão através da tramitação processual em meio eletrônico. Entre os principais benefícios da modalidade destacou-se, desde o início, a ampliação do acesso ao Judiciário, além de ganhos em agilidade e transparência (JUSTIÇA FEDERAL, 2017).

Dado ao sucesso da iniciativa e pelas vantagens constatadas, que no ano de 2009 se deu a ampliação do sistema em sua versão “e-Proc v2”, que veio a contemplar todas as competências e graus de jurisdição da Justiça Federal da 4ª Região, sendo até os dias atuais o modelo de “justiça eletrônica” hegemônico nos três Estados abrangidos pelo TRF4²³.

Mas foi posteriormente a primeira experiência dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, através da lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que o Poder Judiciário passou a utilizar o sistema “cibernético” para o processamento e julgamento de ações judiciais, constituindo então uma verdadeira “revolução” ao que até então era conhecido pela “Justiça convencional”.

A implementação do sistema “cibernético” ou “eletrônico” no Poder Judiciário surgia àquela altura não como uma experiência a ser realizada em algumas poucas varas, mas carregando o ideal de substituição da justiça convencional (com autos físicos) pela justiça eletrônica, visando a médio prazo a unificação do método em todas as comarcas e subseções nacional e, com isso, ampliando os benefícios que o novo sistema poderia trazer.

A intenção preconizada na moldura do diploma normativo n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, como bem assinalado por César Asfor Rocha é de se conseguir a efetividade da jurisdição, de acordo com o ministro a solução dos conflitos, com objetividade, percorre o caminho do contraditório e da garantia da publicidade, assim o aperfeiçoamento do processo eletrônico é o ideal a ser conquistado, para a realização do processo justo e eficaz, superando os entraves processuais e as enormes dificuldades que se deparam pelo caminho, cuja solução preconiza redução da distância e a presença de maiores recursos de infraestrutura para manter aprimorada a máquina judiciária (ABRÃO, 2009, p.42).

Nesse diapasão, não é incorreto afirmar que a justiça eletrônica reproduz do início ao fim todos os atos dos processos convencionais, com as vantagens, entre outras de, com o passar do tempo, não gerar um acúmulo de documentos a serem estocados nos prédios das cortes, permitir aos atores processuais a consulta e peticionamento nos feitos, em qualquer lugar em que tiverem acesso a rede mundial de computadores e uma maior segurança em relação ao extravio de documentos, bem como garantia de maior celeridade no conjunto do processo, pois não mais

²³ Em 2009, foi lançada a segunda versão do sistema, chamada de e-Proc V2, para atuar em todas as competências e graus de jurisdição da JF da 4ª Região. Cerca de três anos depois, a tecnologia permitiu a criação de uma nova modalidade de Justiça itinerante: a Unidade Avançada de Atendimento (UAA) (JUSTIÇA FEDERAL, 2017).

existe a morosidade de deslocamento de folhas e autos de um departamento para outro como ainda ocorre nas cortes tradicionais.

Concretamente, os elementos do processo por meio eletrônico transmitem, desde a inicial, até a decisão final, com o trânsito em julgado, uma série de etapas e procedimentos, livres de papel, ou de volumes, o que é essencial para o reconhecimento da credibilidade e do Judiciário de amplo acesso democrático (ABRÃO, 2009, p. 9).

No que diz respeito à Justiça Federal, objeto direto desse estudo, e de modo particular a Lei 10.259/2001, a possibilidade da implementação do processo eletrônico já estava consagrada nesse diploma em seu artigo 8º, parágrafo 2º, que admitia aos Tribunais a organização do serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

E foi por através desse dispositivo legal que o meio eletrônico de tramitação processual no Brasil foi instaurado de modo pioneiro no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, causando, entretanto, algumas controvérsias acerca do seu funcionamento, tais como; a dificuldades de alguns atores do direito de se adaptarem e conseguirem trabalhar com essa tecnologia, bem como a desconfiança por parte de especialistas de que o uso contínuo de aparelhos de informática pode ser em certa medida nocivo à saúde.

Assim, o processo judicial eletrônico tornou-se realidade na justiça brasileira. Na esfera da Justiça Federal, mais precisamente na 4ª Região praticamente se extinguiu o tradicional processo ordinário físico. Consequentemente, alguns entendimentos caminham no sentido de que a implantação do processo eletrônico está causando preocupações a alguns profissionais atuantes do sistema, os quais em sua grande maioria encontram dificuldades na sua operação, eis que não detém qualificação na área da informática. Ao mesmo tempo devido ao uso contínuo do sistema, tem se percebido o abalo na saúde física e psicológica dos atores judiciais (SOARES apud CALDAS; LOUSADA, 2013, p.106).

Data *máxima vênia* o que se observou entre o decorrer da primeira experiência com a justiça eletrônica no Brasil até os dias de hoje, foi um movimento no sentido inverso, visto que tanto em alguns setores da Justiça Estadual, assim como na Justiça do Trabalho já há o funcionamento das demandas pela via eletrônica, denotando que as vantagens oferecidas pelo sistema a todos ou à maioria dos atores do direito são superiores aos contratempos que porventura o mecanismo do processo eletrônico possa provocar.

Entretanto, e não obstante o trâmite dos processos ocorrerem, como ainda ocorrem, de modo eletrônico, havia por parte dos magistrados das Varas Federais e Juizados Especiais Federais a política de proteção a atos indispensavelmente presenciais para a tramitação dos feitos, visando resguardar princípios processuais básicos, como o do devido processo legal, Princípio da ampla defesa, contraditório, etc.

Assim, etapas cruciais para o deslinde dos feitos, eram em sua totalidade realizadas de modo presencial, com particular destaque para as audiências de conciliação, instrução e julgamento e mesmo cessões de sustentação oral na fase recursal, dada a necessidade de um contato visual entre as partes e o magistrado, bem como entre esse e as testemunhas nas hipóteses de audiências de instrução e julgamento, priorizando um contato direto e idiossincrático com os oradores nas sustentações orais.

Com a maior fluidez do processo eletrônico entre os atores do direito, e pelas condições que a nova tecnologia propicia, os termos de audiências foram sendo substituídos por gravações, que, nada mais são do que o armazenamento do som e imagem das partes e testemunhas nas audiências de instrução e julgamento. Tais gravações em regra estão disponíveis nos autos do processo eletrônico apenas poucos minutos após o seu encerramento.

O recurso da gravação em substituição aos termos de audiências trouxeram inequívoca vantagem para os processos, uma vez que permitem as partes, magistrados e advogados poder rever as oitivas e depoimentos pessoais nos exatos termos em que foram prolatados em sede de instrução e julgamento, bem como, abriram a possibilidade de testemunhas que por ventura não tenham como se deslocar até a subseção onde o feito tramita possam ser inquiridas por cartas precatórias e, serem ouvidas em tempo real pelos demais atores processuais, significando notório avanço procedimental.

Entretanto, foi a Resolução nº 31 de 28 de abril de 2016, alterada e consolidada pela Resolução nº 92 de 21 de agosto de 2017, que, estabeleceu o módulo “Fórum de Conciliação Virtual”²⁴, também aplicável as ações de concessão

²⁴ O processo eletrônico da 4ª Região dispõe de duas ferramentas para a conciliação virtual: O Fórum de Conciliação Virtual e a Audiência virtual de conciliação. O Fórum de Conciliação Virtual reúne as partes e, se necessário, o conciliador, ocorre de forma não simultânea. A Audiência virtual de conciliação, por sua vez, ocorre com a participação eletrônica e simultânea das partes e do conciliador (JUSTIÇA FEDERAL, 2017a).

de auxílio-doença previdenciário²⁵ que em última análise estabelece dentro do processo eletrônico um “link” denominado “Fórum de Conciliação Virtual” contendo propostas de acordo padrão elaborada pelo INSS, com as alternativas para “concordar”, “discordar” ou “apresentar contra proposta”.

Todavia, e não obstante aos louvores que a iniciativa merece, a formatação “engessada” com que o “Fórum de Conciliação Virtual” oferece não nos parece traduzir o verdadeiro sentido do ato conciliatório, visto que, para que seja possível a realização da conciliação nos termos examinados no capítulo anterior é imprescindível à realização de audiência para tal, sob pena da perda do seu real significado enquanto instituto visando ou em tese “almejando” a realização de um acordo entre as partes.

Se analisarmos que instituto da conciliação, mesmo sendo modalidade de autocomposição está inexoravelmente vinculada à presença de um terceiro, alheio a contenda, que, tem a faculdade de estimular e orientar as partes para a eventual realização de um acordo, não seria crível que tal instituto pudesse ser assim considerado sem a presença dessa figura (terceiro imparcial), já que restaria frustrada sua principal característica, ainda que consideremos a conciliação extrajudicial.

O formato com que está moldado o “Fórum de Conciliação Virtual”, sem a obrigatoriedade da realização de audiência frente a um terceiro imparcial, e com apenas três possibilidades disponíveis de escolha, fere a característica essencial do instituto que é a realização de um diálogo, orientado e sem pressa, a fim de, examinando um amplo leque de possibilidades possa-se ao menos esgotar as razões para que se chegue ou não a realização de um acordo.

O modelo intitulado “Fórum de Conciliação Virtual”, a nosso ver, nada mais é do que algo semelhante a um “acordo” realizado pelas partes fora dos autos de um determinado processo, e que após é levado aos autos é meramente homologado pelo magistrado, que, em nenhum momento atua como conciliador, desconstituindo do acordo a característica de ter sido fruto de uma conciliação.

Não paira dúvida de que na já hipossuficiente posição do autor/segurado frente ao INSS em um processo visando à concessão de auxílio-doença

²⁵ A Resolução nº 92 em seu Art. 1º, IV veio a possibilitar essa modalidade de “conciliação” nas ações previdenciárias tramitando nos Juizados Especiais Federais, uma vez que anteriormente essa modalidade destinava-se apenas as execuções fiscais, ações monitórias e execuções de Títulos Extrajudiciais.

previdenciário, o “Fórum de Conciliação Virtual” é ainda mais um fator de desequilíbrio na relação, uma vez que aquele fica adstrito aos termos propostos pela autarquia, que conquanto se depare com o envio de uma “contraproposta” na aba própria do site, já quase que, imediatamente apresenta sua negativa, através de uma mensagem padrão.

Dessa forma, resta ao autor/segurado, unicamente a concordância ou não com os termos estabelecidos “unilateralmente” pelo INSS, retirando através do “Fórum de Conciliação Virtual” qualquer possibilidade daquele de, presencialmente e com o auxílio do juiz ou conciliador chegar a um acordo que seja minimamente satisfatório para si, ampliando assim, a natureza genuinamente segregatória existente entre autor/segurado e o INSS.

3.4 Uma análise empírica do instituto da conciliação como garantia ou não do acesso à Justiça nas ações de concessão de auxílio doença previdenciário à luz da Lei 10.259/2001

Nesse item realizar-se-á uma análise empírica, com base em dados coletados na 26ª Vara Federal da Subseção de Porto Alegre/RS, tendo como objetivo confirmar ou não a hipótese acerca da eficácia do instituto da conciliação como garantia ou não do acesso à justiça nas ações visando à concessão do benefício de auxílio doença previdenciário tendo como o tramite o rito dos Juizados Especiais Federais Cíveis.

Preliminarmente convém esclarecer que a opção pela 26ª Vara Federal da Subseção de Porto Alegre/RS não foi aleatória, mas ao contrário, foi propositalmente escolhida por ser, a primeira Vara Federal²⁶ exclusivamente com fins de promover a prática da conciliação entre todas aquelas abrangidas pelo TRF4 Região.

A 26ª Vara Federal foi instalada nas dependências do prédio da Justiça Federal da subseção de Porto Alegre/RS em 10 de julho de 2014, como “iniciativa pioneira” a promoção e ao estímulo da conciliação, razão pela qual foi aquela que nos pareceu a mais adequada para a delimitação do “campo” a ser realizada a pesquisa.

²⁶ A Justiça Federal conta, a partir de hoje (10/7), com sua primeira vara totalmente dedicada à conciliação. Instalada na capital gaúcha, a unidade é responsável por intermediar demandas nas áreas cível, administrativa, fiscal e previdenciária, com foco na solução autocompositiva de litígios (JUSTIÇA FEDERAL, 2014).

Também, convém esclarecer que todos dos dados apresentados nesse estudo, referem-se à matéria previdenciária, tomando por base a maioria dos benefícios previdenciários pleiteados pelos autores/segurados judicialmente, não havendo, portanto, números que não se coadunem com a matéria previdenciária e seus benefícios.

Outrossim, é imperioso ressaltar que todos os processos de natureza previdenciária que são remetidos da suas Varas de origem para a 26ª Vara Federal de Porto Alegre são oriundos de processos interpostos através dos Juizados Especiais Federais Cíveis, de modo que todos os dados que serão apresentados e analisados são frutos de processos regidos pela Lei nº 10.259/01, diploma legal objeto central desse trabalho.

Todavia é importante destacar que embora a 26ª Vara Federal seja própria e exclusiva para intermediar demandas nas áreas cível, administrativa, fiscal e previdenciária, a sua criação é ainda muito recente, remontando a pouco menos de três anos e meio, já que inaugurada em 10 de julho de 2014.

Por esse motivo, a organização dos dados provenientes da 26ª Vara Federal não são absolutamente simétricos tendo somente a partir do mês de agosto de 2016 um controle um pouco mais preciso dos dados, tanto no que se refere ao número de conciliações celebradas a partir desse período, como no que tem a ver com a natureza processual dessas conciliações, culminando com os valores obtidos nas conciliações que restaram exitosas.

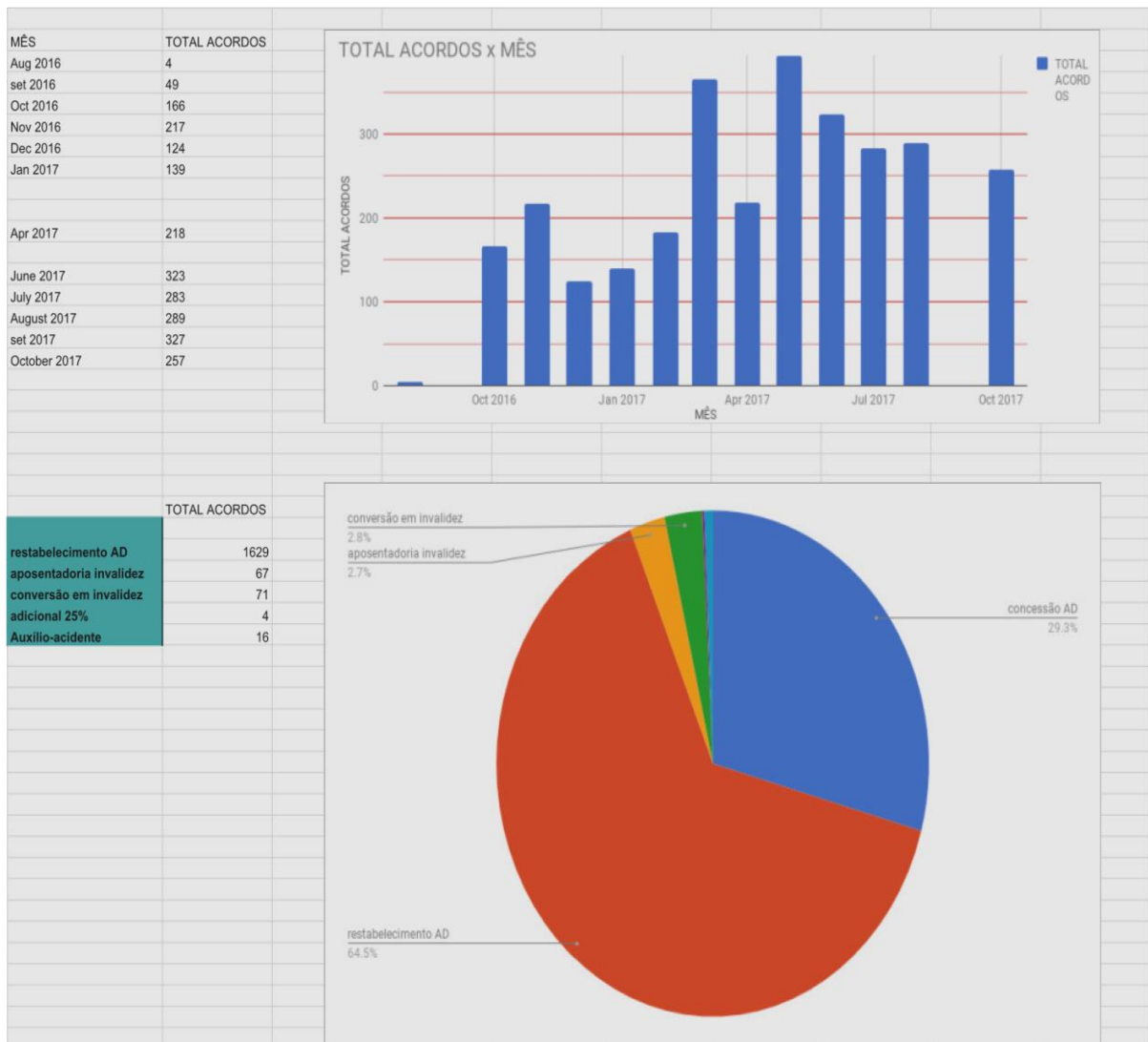
E é exatamente com os números compreendidos entre o mês de agosto de 2016 até o mês de outubro de 2017 que iremos trabalhar, por meio de gráficos fornecidos pela própria secretaria da Vara que terão a capacidade de revelar se o instituto da conciliação pode ou não garantir o acesso à Justiça nas demandas que visam à concessão do benefício previdenciário de auxílio doença, naturalmente respeitadas às limitações anteriormente esclarecidas.

Embora os dados a serem utilizados nessa pesquisa sejam relativamente recentes, sendo provenientes de uma Vara própria na realização de conciliações, possuem um alto grau de confiabilidade, capaz de apontar, com alto grau de certeza, em outras palavras, se o instituto da conciliação pode ou não ser considerado uma meio efetivo de acesso à Justiça nas ações visando a concessão dos benefício previdenciários de auxílio doença, correntes na 26ª Vara.

Também é importante ressaltar que, embora os dados a serem apresentados nesse estudo sejam precários, não é incorreto afirmar que a 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre é, de longe, a que possui as informações mais detalhadas acerca da natureza dos acordos ali celebrados pois, para realização desse estudo formam vasculhados, via *internet*, inúmeros outros acervos eletrônicos e *sites* de outras subseções, inclusive não pertencentes ao TRF4.

3.4.1 Gráficos numéricos e em valores gerados através de acordos celebrados entre os meses de agosto de 2016 e outubro de 2017 com os respectivos valores alcançados

Figura um



Fonte: Consulta direta aos servidores do cartório da 26ª Vara Federal da Subseção de Porto Alegre/RS, nos dias 10 de novembro de 2017 e 23 de novembro de 2017.

Figura dois

	08/16	09/16	10/16	11/16	12/16	01/17	02/2017	03/2017	04/2017	05/2017	06/2017	07/2017	08/2017	09/2017	10/2017	11/2017
ACORDOS																
ACORDOS POR TIPO (real)																
nos autos	2	50	161	219	126	141	100	374	222	400	330	267	280	327	257	
foram virtual	2	37	129	142	81	26	30	36	33	69	31	42	46	54	19	
previdencial	0	1	17	77	45	107	198	329	167	327	290	220	243	273	226	
miúdo	0	12	20	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
	0	0	0	0	0	8	2	9	2	4	9	19	0	0	0	
concessão AD	R\$ 11.664,97	R\$ 133.189,97	R\$ 1.117.281,98	R\$ 410.246,65	R\$ 311.728,77	R\$ 221.797,80	R\$ 294.193,97	R\$ 819.416,69	R\$ 517.481,33	R\$ 701.516,89	R\$ 607.814,20	R\$ 512.813,83	R\$ 231.093,92	R\$ 146.049,39	R\$ 19.450,51	
retribuição AD	R\$ 0,00	R\$ 201.593,97	R\$ 70.517,20	R\$ 1.170.408,27	R\$ 408.777,44	R\$ 753.482,54	R\$ 1.087.988,42	R\$ 3.129.937,21	R\$ 1.020.020,34	R\$ 2.121.097,32	R\$ 1.913.793,53	R\$ 1.411.855,77	R\$ 30.619,07	R\$ 71.064,94	R\$ 4.607,30	
aportadora emissor	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 3.520,12	R\$ 6.531,47	R\$ 1.010,49	R\$ 46.640,86	R\$ 23.615,58	R\$ 74.427,51	R\$ 109.782,16	R\$ 80.432,88	R\$ 77.574,03	R\$ 77.574,03	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	
acumulada em emissão	R\$ 0,00	R\$ 53.205,18	R\$ 65.803,73	R\$ 8.795,71	R\$ 113.117,20	R\$ 83.827,52	R\$ 35.115,82	R\$ 0,00	R\$ 83.143,88	R\$ 13.786,22	R\$ 178.051,16	R\$ 70.087,12	R\$ 6.823,00	R\$ 4.891,54	R\$ 0,00	
adicional 2%	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 6.844,81	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	
avulso-acidente	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 38.215,13	R\$ 16.408,94	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 77.483,22	R\$ 89.094,33	R\$ 6.992,26	R\$ 30.117,73	R\$ 0,00	R\$ 1.129,74	R\$ 0,00	R\$ 0,00	
TOTAL	R\$ 11.664,97	R\$ 300.711,12	R\$ 1.205.223,04	R\$ 1.591.788,10	R\$ 819.638,99	R\$ 1.118.620,32	R\$ 1.420.482,39	R\$ 4.91.982,58	R\$ 1.703.073,08	R\$ 2.080.060,38	R\$ 2.088.034,07	R\$ 2.087.815,64	R\$ 117.110,99	R\$ 227.065,96	R\$ 20.511,81	
nos autos	R\$ 11.664,97	R\$ 300.293,50	R\$ 980.463,96	R\$ 1.487.728,17	R\$ 812.882,46	R\$ 241.683,16	R\$ 291.991,08	R\$ 1.297.807,07	R\$ 409.548,25	R\$ 795.588,54	R\$ 331.595,54	R\$ 365.605,27	R\$ 201.298,50	R\$ 600.728,63	R\$ 165.595,75	
foram virtual	R\$ 0,00	R\$ 7.200,74	R\$ 116.202,19	R\$ 444.287,05	R\$ 289.109,48	R\$ 843.728,86	R\$ 1.211.638,20	R\$ 2.917.982,27	R\$ 1.263.894,46	R\$ 2.346.087,78	R\$ 2.314.063,95	R\$ 1.584.733,61	R\$ 1.936.028,46	R\$ 2.106.238,14	R\$ 1.479.647,82	
previdencial	R\$ 0,00	R\$ 79.821,91	R\$ 100.466,94	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 50.643,82	R\$ 26.703,21	R\$ 26.750,44	R\$ 92.720,83	R\$ 386.513,80	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	
miúdo	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 30.148,27	R\$ 13.148,86	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	
TOTAL	R\$ 11.664,97	R\$ 306.579,15	R\$ 1.205.223,04	R\$ 1.631.995,23	R\$ 832.081,93	R\$ 1.120.555,29	R\$ 1.516.773,14	R\$ 4.280.573,26	R\$ 1.700.143,92	R\$ 3.126.814,04	R\$ 2.738.386,52	R\$ 2.105.072,61	R\$ 2.227.295,96	R\$ 2.705.966,77	R\$ 1.684.450,57	
MÉDIA TOTAL	159															
-FÓRUM VIRTUAL	152.690.633															
Total pagasdo (gru) 16 em dom	R\$ 27.506.289,7															

Fonte: Consulta direta aos servidores do cartório da 26ª Vara Federal da Subseção de Porto Alegre/RS, nos dias 10 de novembro de 2017 e 23 de novembro de 2017.

Preambularmente, é preciso esclarecer que ambas as figuras colacionados tratam-se do mesmo período cronológico, ou seja; dos meses de agosto de 2016 até outubro de 2017, período em que já havia, por parte da secretaria da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre, o controle, ou ao menos parte dele, daquilo que se almeja averiguar, ou seja; a evolução cronológica do número de acordos celebrados, subdivididos em quantidade de acordos, benefícios acordados e valores atingidos.

A figura um, refere-se unicamente à evolução numérica dos acordos celebrados no período compreendido entre agosto de 2016 e outubro de 2017, sendo subdividido em seis categorias distintas, e equivalentes às possibilidades de benefícios pleiteadas no direito previdenciário, a saber; *concessão de auxílio doença* (objeto específico desse estudo), *restabelecimento de auxílio doença*, *aposentadoria por invalidez*, *conversão de auxílio doença em aposentadoria por invalidez*, *adicional de 25%²⁷* e *auxílio acidente*.

A Figura dois, oferece três perspectivas distintas averiguadas no mesmo período de tempo da figura número um, sendo que a primeira é a modalidade de acordos celebrados (“conciliação nos autos”, “conciliação através do Fórum virtual” e “presencial”), a segunda é a espécie de benefício previdenciário que foi objeto do acordo e, por fim, os valores percebidos pelos autores/segurados.

Iniciamos a pesquisa por uma leitura simples da figura número um que estampa o gráfico correspondente ao TOTAL X MÊS, seguido pela divisão de categorias de benefícios objetos dos acordos e, ao fim, com uma abordagem percentual (através de um círculo) de conciliações para cada modalidade de benefício pleiteado.

Ao observar os primeiros dois meses computados, verificamos um número quase que inexpressivo de acordos, muito provavelmente provenientes de um movimento dos procuradores federais, denominado “política de acordo zero”²⁸, que, tinha como objetivo a melhor valorização da categoria da advocacia geral da União, razão pela qual se justifica a quase que total ausência de acordos nesse período.

²⁷ O benefício de adicional de 25% trata-se de um valor adicional pago aqueles a que fazem jus aqueles segurados que estão aposentados por invalidez, mas, devido à natureza da patologia precisam de um acompanhante em tempo integral para auxiliá-los nas atividades do cotidiano que já não podem realizar. Tal benefício está previsto no art. 45 da lei nº 8.213/91.

²⁸ Os advogados da União e procuradores federais decidiram não fazer mais acordos em processos judiciais. Com o que vêm chamando de “política de acordo zero”, eles pretendem pressionar a Justiça Federal e chamar a atenção para o momento que consideram de desvalorização da advocacia pública federal (CANÁRIO, 2014).

A partir de outubro de 2016 nota-se uma tendência à normalização dos padrões de acordo da 26ª Vara Federal, com uma tendência a evolução até dezembro do mesmo ano, ocasião em que a partir de então é possível verificar uma oscilação no número de acordos até a data final da pesquisa, ou seja; outubro de 2017.

Ainda de acordo com a primeira figura, observa-se que, dos quinze meses objetos da pesquisa, em nove deles o número bruto de acordos foi superior a duzentos (200) e, em quatro, a marca de acordos celebrados ultrapassou os trezentos acordos (300) por mês, ao passo que apenas nos dois meses iniciais a 26ª Vara Federal registrou um número inferior a cem (100) acordos, denotando que, no intervalo de tempo compreendido entre agosto de 2016 e outubro de 2017, o índice de acordos foi variável e muito heterogêneo.

Segundo as informações colhidas na secretaria da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre, a primeira figura apresenta um total de três mil trezentos e trinta e oito (3.338) acordos, sendo assim distribuídos de acordo com a modalidade de benefício previdenciário pleiteado em juízo:

- 1º) ações de restabelecimento de auxílio- doença = 1.629
- 2º) ações de concessão de auxílio- doença = 740
- 3º) ações visando à aposentadoria por invalidez = 67
- 4º) ações visando à conversão de auxílio- doença em aposentadoria por invalidez = 71
- 5º) ações visando adicional de 25% = 4
- 6º) ações de concessão de auxílio-acidente = 16

Ainda analisando a primeira figura, observamos que os números obtidos, quando verificados percentualmente apresentam o seguinte resultado no lapso temporal aplicado:

- 1º) ações de restabelecimento de auxílio-doença = 64,5%
- 2º) ações de concessão de auxílio-doença = 29,3%
- 3º) ações visando à aposentadoria por invalidez = 2,7%
- 4º) ações visando à conversão de auxílio- doença em aposentadoria por invalidez= 2,8%
- 5º) ações visando adicional de 25% = menos de 1%
- 6º) ações de concessão de auxílio-acidente = menos de 1%

Dessa forma, ao término da pesquisa relacionada a primeira figura, foi possível diagnosticar que o benefício de concessão de auxílio-doença foi à segunda modalidade entre as seis disponíveis e, durante os quinze meses que compuseram o marco temporal desse estudo que mais foi objeto de conciliação, perdendo somente para as ações que visavam o restabelecimento de auxílio-doença, que tanto do ponto de vista numérico como percentualmente, computou quase o dobro de acordos celebrados nas ações visando todos os demais benefícios, denotando que os litigantes que conciliaram para restabelecerem seus benefícios de auxílio-doença, obtiveram mais êxito no que diz respeito ao acesso à justiça do que os demais.

Conforme exhaustivamente esclarecido no início desse tópico 3.5, os dados coletados para realização dessa pesquisa contemplam apenas os números brutos de acordos celebrados, em razão de não haver arquivos de dados capazes de confrontar o número de acordos com o número de processos, o que poderia permitir um comparativo mais completo entre os números.

Partindo para um exame da segunda figura, antes de adentrarmos na questão relativa aos valores gerados por cada modalidade de benefício previdenciário conciliado, iremos nos ater nas informações referentes ao “tipo de acordo” que, na segunda figura, consta como “ACORDOS POR TIPO”.

Essa “aba” constante na segunda figura apresenta as três formas com que os acordos são realizados na 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre, quais sejam; “conciliação nos autos”, “conciliação através do Fórum virtual” e “presencial”, no período de tempo compreendido entre agosto de 2016 e outubro de 2017, a exemplo da primeira figura.

No primeiro e segundo mês objeto da planilha, os acordos foram em números muito modestos, pelas razões já esclarecidas acerca do movimento denominado “política de acordo zero” promovida pelos advogados da União e procuradores federais. Todavia, em agosto de 2016, foram realizados dois acordos que ocorreram nos autos dos processos, ao passo que em setembro de 2016 o número total de acordos foi de 50 (cinquenta), sendo 37 (trinta e sete) nos autos dos processos, 1 (um) por meio do “Fórum virtual” e 12 (doze) presenciais, por meio de audiências de conciliação.

Já nos meses de outubro e novembro de 2016, o primeiro mês teve um total de 166 (cento e sessenta e seis) acordos, distribuídos em 129 (cento e vinte e nove)

nos autos dos processos, 17 (dezesete) pelo “Fórum de conciliação” e 20 (vinte) presenciais. No mês de novembro, o total de acordos foi de 219, sendo 142 (cento e quarenta e dois) realizados nos autos dos processos, 77 (setenta e sete) através do “Fórum de conciliação virtual” e nenhum presencial.

O mês de novembro de 2016 é emblemático para a pesquisa, pois foi o primeiro mês em que os acordos celebrados através do chamado “Fórum de conciliação virtual” superaram aqueles celebrados presencialmente através de audiências, e não houve sequer um único acordo que tenha sido fruto de audiências presenciais, situação que irá se verificar até o mês de outubro de 2017, mês final da pesquisa.

Mas foi a partir de janeiro de 2017 que, pela primeira vez, o número de acordos oriundos através do “Fórum de conciliação virtual” superou a modalidade de acordos celebrados nos próprios autos do processo, em uma tendência que até o mês final da pesquisa (outubro de 2017) não mais haveria de se reverter, consagrando, portanto a modalidade do “Fórum de conciliação virtual” como o meio quase que absoluto da celebração de acordos em processos previdenciários.

No que diz respeito aos valores gerados através dos acordos celebrados com o INSS, a segunda figura apresenta o mesmo lapso temporal verificados nas análises anteriores, qual seja; de agosto de 2016 até outubro de 2017, sendo que, por força das mesmas razões apontadas nas verificações precedentes, os valores gerados por acordo em agosto e setembro de 2016 foram de R\$ 11.664,97 (onze mil seiscentos e sessenta e quatro reais e noventa e sete centavos) no primeiro mês, ao passo que o segundo mês totalizou R\$ 388.717, 12 (trezentos e oitenta e oito mil, setecentos e dezessete reais e doze centavos). No que diz respeito aos acordos em ações visando à concessão de auxílio- doença previdenciário, objeto desse estudo, eles atingiram a totalidade dos valores referidos em agosto e 133.189,97 (cento e trinta e três mil, cento e oitenta e nove reais e noventa e sete centavos) no mês de setembro.

Todavia os meses recordes na geração de valores frutos de conciliação em ações previdenciárias foram os meses de março, maio, junho e julho de 2017, ocasião em que cada um dos quatro meses referidos ultrapassaram a marca de R\$ 2.000,000,00 (dois milhões de reais).

No que tange à geração de valores específicos gerados em conciliações de processos visando à concessão de auxílio- doença previdenciário, o mês recorde foi

outubro de 2016, ocasião em que os valores obtidos superaram R\$ 1.000,000,00 (hum milhão de reais), vindo, a partir dessa data, a sofrer oscilação em valores que variaram de R\$ 819.416,59 (oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos) em março de 2017 até R\$ 19.450, 51 (dezenove mil, quatrocentos e cinquenta reais e cinquenta e um centavos) no mês de outubro de 2017.

3.5 Do diagnóstico dos dados apurados

Não obstante a precariedade com que os dados foram armazenados e distribuídos nos arquivos da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre e que de certa impediram a possibilidade de um aprofundamento da análise dos mesmos, julgamos que é louvável a iniciativa dos servidores e demais colaboradores em, ainda que de modo embrionário, procurar documentar essas informações com a maior riqueza de detalhes possível.

Conforme explanado na introdução, as informações fornecidas para realização desse estudo nos foram transmitidas de modo informal e reiteramos a ideia de que talvez fosse conveniente que os números aqui apresentados já pudessem constar no *site* da Justiça Federal ou mesmo pudessem estar documentados de forma impressa.

Todavia, com base nos números que foram apurados, é possível considerar que, com exceção dos dois primeiros meses do levantamento, o número bruto de acordos celebrados nas ações visando à concessão de auxílio-doença previdenciário foi satisfatório, principalmente considerando que os acordos realizados correspondem apenas a processos oriundos da subseção federal de Porto Alegre e, mais ainda, processos que tramitaram apenas pelos Juizados Especiais Federais.

À oscilação verificada a partir do terceiro mês da pesquisa até o último mês computado reputa-se uma tendência natural em se tratando de benefícios previdenciários, uma vez que a origem das ações que, uma vez interpostas, será objeto de acordos, dependem do preenchimento de requisitos, tais como idade e tempo de contribuição, para aposentadorias, e incapacidade para atividades laborais nos casos de benefícios por incapacidade, não sendo possível que haja simetria absoluta no preenchimento destes requisitos para que não houvesse tal oscilação.

Em igual sentido, embora o número bruto de acordos celebrados para os benefícios de concessão de auxílio- doença tenha sido o segundo maior entre os benefícios pesquisados, e, não se tenha os dados no que diz respeito à celebração de acordos de cada benefício individualmente, por mês, a estimativa de acordos mensais referentes ao benefício de concessão de auxílio- doença é positiva, visto que, quando analisados os valores mensais gerados por meio de acordos, ainda é a segunda modalidade que mais valores apresentou, chegando, inclusive, em alguns meses, a superar os valores gerados em acordos de restabelecimento de auxílio- doença que, como visto, é o recordista entre os benefícios com acordos celebrados.

Pelas informações coletadas na Vara eleita para realização da pesquisa, pode-se verificar que o instituto da conciliação nas ações visando à concessão de benefícios de auxílio- doença é um meio seguro e eficaz na busca pelo acesso à Justiça, sobretudo quanto tais ações são interpostas por meio dos Juizados Especiais Federais Cíveis pois, conforme constatado, gerou aos autores/segurados valores financeiros significativos, ao mesmo tempo em que se denotou ser a segunda espécie de benefícios- que mais produziu a celebração de acordos.

Da mesma forma, não obstante as restrições apresentadas em relação ao “Fórum de conciliação virtual” pelos números apresentados pela 26ª Vara Federal de Porto Alegre, ao que parece, essa modalidade de conciliação é uma realidade irreversível que, ao menos da vara examinada ocupou, definitivamente, o lugar dos acordos “presenciais” realizados através de audiências de conciliação.

Por fim, é possível afirmar que, embora tenhamos realizado uma pesquisa “quantitativa”, e pelas circunstâncias a nós impostas, não paira dúvidas, observando o cruzamento do número bruto de acordos celebrados nas ações visando à concessão de benefícios de auxílio- doença com os valores por esses acordos gerados, que o instituto da conciliação (embora discutível se o “Fórum de conciliação virtual” é de fato conciliação) foi capaz de, em grande medida, alcançar aos litigantes se houve pelo menos parcial alcance das pretensões, vantagem nítida do instituto da conciliação, como efetivo instrumento de acesso à justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça tão exaustivamente perseguido pela humanidade ao longo dos séculos, talvez jamais tenha encontrado tanto significado como nos dias atuais ao redor de todo planeta.

Conforme amplamente divulgado nos meios de comunicação, as divergências e radicalismos estão explícitos e em franca ebulição em todas as partes do globo terrestre. A política, a religião e os demais ideais ou interesses por certo encabeçam os motivos geradores de ódio, discórdia e confronto entre grupos, nações ou indivíduos.

Frente a essa escalada global de insensatez e intolerância, em que já não parece ser possível distinguir o “homem” da “ideia”, o desejo pelo acesso à justiça por todas as partes e grupos adquire uma importância talvez jamais constatada em qualquer outra época da humanidade. Todos, ou quase todos, agora, se autoproclamam os “donos da verdade” e, em nome da verdade que acreditam deter, julgam que é preciso “fazer justiça”.

Não obstante ao fato de que o sentido moderno de “acesso à justiça” esteja quase que completamente voltado à “prestação jurisdicional”, é necessário fazer um retrospecto acerca das formas de “acesso à justiça”, já experimentadas pela humanidade no curso do tempo, uma vez que atualmente os radicalismos estão em quase todas as partes da terra, gerando retorno gradual e paulatino à modalidade mais primitiva encontrada na história, ou seja; a “autotutela” como forma de “impor a verdade” a que grupos, nações ou indivíduos acreditam portar.

É exatamente por essa necessidade de recuperação de diálogo entre os indivíduos que a realização deste estudo ganha significado, ao propor frente a essa realidade em que os meios de “acesso à justiça” parecem estar restritos a soluções bélicas ou adversariais, tais como a “prestação jurisdicional”, ou, conforme mencionado em algumas situações extremas, ao retorno da prática da “autotutela”, o incentivo a meios alternativos de solução de contendas, aqui de modo específico o estímulo à “conciliação” como meio de pleno e efetivo “acesso à justiça”.

Embora esse estudo tenha concentrado seu foco no direito fundamental à Previdência Social e, em particular, no benefício de concessão auxílio-doença por ela previsto, procurou, ao longo dos três capítulos somados a uma análise empírica, demonstrar que a busca de meios alternativos à solução de conflitos (no caso o

instituto da conciliação) pode ser um caminho mais seguro, célere e agregador de “acesso à justiça”.

Obviamente, ao trazer a luz o novo regramento que rege os Juizados Especiais Federais Cíveis como uma opção àqueles que buscam a concessão de um benefício de natureza genuinamente alimentar e, abordando com especial preocupação a etapa conciliatória obrigatoriamente prevista no rito dos Juizados, buscou-se apontar de que modo é possível lograr êxito na busca pelo “acesso à justiça” por meios outros que não necessariamente a prestação jurisdicional.

É dispensável referir que um acordo, celebrado através de uma conciliação obtida no curso de um processo, evidencia o fato de que a primeira iniciativa do indivíduo que persegue a concessão de um benefício previdenciário por incapacidade é através da prestação jurisdicional, o que do contrário, não seria possível obter-se um acordo “processual”.

Todavia, conforme exaustivamente verificado no curso desse estudo, o indivíduo que ingressa com uma ação judicial visando à concessão de um benefício previdenciário por incapacidade, em regra, encontra-se em situação extrema e, conforme adágio popular, “situações extremas requerem medidas extremas”.

E é exatamente essa a conclusão a que foi possível chegar através desse estudo, qual seja; a de que a reivindicação da prestação jurisdicional é a mais extrema medida a ser adotada para solução dos conflitos e ao “acesso à justiça”, medida que, em tese, deveria ser a última opção a ser ventilada para a solução de conflitos, sejam eles de que natureza for.

Com os dados coletados a partir de uma análise empírica acerca da conciliação nas ações, visando à concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença, ainda que insuficientes, pois advindos de uma Vara Federal recente e pioneira na sua função precípua de conciliação, foi possível observar um grande número de acordos celebrados, com a satisfação da pretensão (ainda que parcial) de centenas de segurados que, sem condições laborais, sofreram atos arbitrários do INSS.

É verdade, também, que o elevado número de acordos demonstrados na análise empírica realizada no item 3.5.1 é fruto da situação de “desespero” de muitos indivíduos, conforme abordado no capítulo terceiro desse trabalho, que traça as “desvantagens” do autor/segurado frente à autarquia previdenciária ao longo de todo o processo, e também na fase conciliatória.

Naturalmente, a situação de hipossuficiência do autor/segurado em relação ao INSS referida no parágrafo anterior, não frustra em absoluto as “vantagens” geradas pela celebração dos acordos; ao contrário, pode-se atribuir à conciliação e, conseqüentemente, aos acordos através dela celebrados, a redução de tamanha desigualdade que talvez não fosse viável de ser atingida por qualquer outra forma de “acesso à justiça”.

A etapa conciliatória prevista na Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis, embora inicie com uma enorme “disparidade” entre as partes, é um momento ou uma oportunidade impar de restabelecer o equilíbrio gerado pela realidade e circunstâncias de cada um dos litigantes. É através da conciliação, conforme constatado no item 3.5.1 que é possível verificar com maior nitidez o efetivo acesso à justiça a que o autor/segurado pode experimentar através da conciliação.

Conforme verificado no primeiro capítulo, não obstante a previdência social seja uma instituição de garantia por ser um direito fundamental, não há óbices para que, por meio da conciliação, os benefícios por ela abrangidos possam ser entregues aos seus segurados, de modo que se poderia imaginar, a exemplo do que já ocorrera outrora, que no futuro as conciliações possam ser realizadas até mesmo nos prédios do INSS²⁹.

O propósito desse estudo foi o de confrontar, em um mesmo trabalho, em que medida um direito fundamental (previdência social) poderia ser garantido através de um meio de autocomposição de conflitos (conciliação), acrescentando ainda que, mesmo a desigualdade entre os atores do conflito, não seria capaz de, por meio do diálogo, impedir o efetivo e pleno acesso à justiça. Os números coletados para a realização do experimento comprovam a hipótese de que tal realidade é plenamente possível e, no mais das vezes a melhor alternativa a ser eleita.

²⁹ As conciliações realizadas nos “prédios do INSS” referidas no parágrafo dizem respeito a acordos realizados entre os segurados e a autarquia no final da década de 1990 do século passado, em que, verificadas defasagens nas aposentadorias obtidas entre os anos de 1994 e 1997 (por força do Índice de Reajuste do salário Mínimo – IRSM), por iniciativa da própria autarquia previdenciária, os segurados estavam aposentados naquele período foram chamados para conciliações extrajudiciais. Em regra, os termos fixados para a celebração dos acordos, consistiam no reajuste dos benefícios eliminando a defasagem para os pagamentos futuros, em troca do ressarcimento de um valor menor a que teriam direito no tocante às parcelas vencidas de aposentadoria a que a autarquia tinha pago a menor. A defasagem gerada nas aposentadorias concedidas entre 1994 e 1997 por força do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, não obstante a iniciativa de conciliação do INSS deu origem a uma enxurrada de ações judiciais denominadas de “Revisional do IRSM”, a qual só não foi maior face ao mutirão de conciliações realizadas administrativamente.

Ainda com relação às conclusões da pesquisa, fato que merece destaque e uma melhor observação agora e no futuro, tem a ver com o modo com que os acordos têm sido realizados, mais particularmente através de “Fórum de conciliação virtual” que mencionamos no terceiro capítulo.

Essa nova modalidade de realização de acordos, embora seja hoje, ao menos na Vara pesquisada, a principal entre as três estudadas e, com capacidade para talvez aumentar o número de acordos celebrados, não nos parece um meio de “conciliação” propriamente dito, pois conforme esclarecido, é realizado de modo não presencial e tampouco sem a figura do “terceiro imparcial” que é elemento fundamental para o ato da conciliação.

Se, é certo que a conciliação tem a capacidade de reduzir a desigualdade entre o autor/segurado e a autarquia previdenciária, o novo meio de realização de acordos parece-nos ter a desvantagem de limitar essa redução de desigualdades, uma vez que, sendo os “acordos” realizados de forma não presencial e através da *internet*, com apenas três possibilidades de decisão³⁰, há um óbvio limitador de “negociação” que, nas hipóteses de realização de audiências de conciliação, não existe, visto que as partes, através do dialogo podem expor abertamente as circunstâncias pelas quais precisam readequar os termos da proposta que lhes fora oferecida. Isso somado às manifestações do “terceiro imparcial” que, com a possibilidade de convencimento e indução a que a conciliação lhe faculta, parecem ser fatores indispensáveis, e sem os quais nem conciliação poderia ser considerada.

Talvez esse novo meio de realização de acordos em nada se difira de acordos realizados “nos autos” e possa, no futuro, ser uma forma subsidiária ou excepcional de realização de acordos, mas nunca ser o modo hegemônico de solução de conflitos, sob pena de, em não ocorrendo mais audiências de conciliação, haja também o descumprimento do que preconiza a lei dos Juizados Especiais Federais, que obriga a realização de audiências de conciliação.

Ainda com relação à pesquisa empírica realizada, convém ressaltar que os dados obtidos informalmente pelos servidores da 26ª Vara Federal da subseção de Porto Alegre, embora embrionários e, por isso, limitados pois, fruto de um “plano

³⁰ Conforme referido no terceiro capítulo desse estudo, o “Fórum de conciliação virtual” é apresentado nos autos do processo eletrônico em uma aba com três opções que são “aceitar proposta”, “recusar proposta” e “oferecer contraproposta”. Todavia, quando se busca oferecer a “contraproposta” disponível na aba, em poucos minutos é lançado no sistema um texto padrão, elaborado pela autarquia, imediatamente rechaçando qualquer tentativa de transação, o que torna a aba intitulada de “contra proposta” absolutamente inutilizável.

piloto” e inédito no Brasil, já poderiam ter se tornado públicos, seja por meio do *site* da Justiça Federal, seja por algum outro meio impresso o qual permitisse a livre consulta por parte de todos.

Todavia, a simples criação de uma Vara própria para realização de “conciliações” já é uma iniciativa louvável por fomentar e estimular meio alternativo de solução de conflitos, no caso a conciliação, procurando também, através da atuação competente de seus servidores, auxiliar ao estímulo de minimizar a cultura do “litígio” presente no Brasil e, como visto no segundo capítulo, fator importante de obstáculo ao “acesso à Justiça”.

Assim, e não obstante aos “ajustes” que seriam necessários para melhorar a qualidade dos acordos celebrados, pelo que foi possível diagnosticar, a conciliação é uma forma mais ampla de “acesso à justiça”, pois, com a sua realização, sobretudo por meio de audiências próprias para tal, há, além da parcial obtenção do direito almejado, um caminho pavimentado pelo diálogo e o exame conjunto entre as partes e o conciliador das razões pelas quais a contenda foi gerada e, principalmente, verificadas tais razões, seja possível, ao menos entre os participantes da conciliação, evitar que se repitam no futuro.

O estímulo à realização de conciliações, ou a possibilidade de sua ampliação em todos os níveis, em substituição a meios de heterocomposição de conflitos, em especial a “prestação jurisdicional” pode, a médio prazo, criar, ao menos no Brasil, uma cultura oposta a atual que privilegia o litígio e meios adversários de “acesso à justiça”.

Nos processos de natureza previdenciários, que visam a garantir o Direito fundamental à previdência social não é diferente. Se, no futuro próximo ou mais distante, for possível considerar a conciliação, como principal e mais efetivo meio de “acesso à justiça”, sobretudo nos casos envolvendo a obtenção de benefícios por incapacidade, pela importância e urgência que demandam lograr êxito, há uma enorme possibilidade da expansão dessa modalidade de solução de conflitos para outras áreas do Direito, o que seria de extrema relevância.

Por fim, reiterando o que fora dito no início dessa parte final, no mundo atual, em que os ódios, preconceitos, e radicalismos de todos os lados parecem crescer cada vez mais no mundo todo, em uma época em que opiniões individuais ou de grupos parecem ser o “combustível” para justificar atos de atrocidades e barbáries, não paira dúvidas de que o exemplo do diálogo através da conciliação pode se

transformar no maior e mais relevante meio de garantia do direito ao “acesso à justiça”.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico**: (Lei n. 11.419, de 19/12/2006). 1. ed. São Paulo/SP, Editora Juarez de Oliveira, 2009.

ARAUJO, Paula Beatriz Dutra Garcez de; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. **Ações Constitucionais**, Presidente Prudente/SP, Encontro de Iniciação Científica, 2015. Disponível em: <<http://internautas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3679/3436>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BARROS, Clemliton da Silva. **O Modelo de Proteção Social Brasileiro**, Brasília/DF, Forum Nacional Da Advocacia Pública Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.advocaciapublica.com.br/forum/artigos/o-modelo-de-protecao-social-brasileiro>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BOLSON, Pâmela Cristine; COSTA, José Ricardo Caetano. **Os Juizados Especiais Federais e o Acesso à Justiça**: Aportes Para Desconstrução da Perícia Biométrica. 2014. (Apresentação de Trabalho/Comunicação). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33f976eca39cccf5>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

BRUNO, Suzana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Prefácio de Humberto Dalla Bernardina e Pinho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. **Lei nº 7.244**, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 22**, de 18 de março de 1999. Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas "i" do inciso I do art. 102 e "c" do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc22.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. **Lei nº 10.259**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 03 ago. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 ago. 2017.

CAHALI, Yussef Said, Dano moral. 4. ed. São Paulo/SP. **Revista dos Tribunais**, 2011.

CALDAS, Claudete Magda Calderan; LOUZADA, Marcelle Cardoso. Os reflexos do processo judicial eletrônico nas condições de trabalho dos atores processuais. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, 04, 05 e 06 jun/2013- Santa Maria/RS. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/1-8.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANÁRIO, Pedro. Procuradores federais param de fazer acordos para fazer pressão política. **Consultório Jurídico**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-14/procuradores-federais-param-acordos-pressionar-justica>. Acesso em: 22 nov. 2017.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso a Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista LTr**, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 664.

DE ALENCAR, Correia Flavia. **A natureza jurídica no Direito Previdenciário e suas implicações**, Legale/SP: Portal Jus.com. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35570/a-natureza-juridica-no-direito-previdenciario-e-suas-implicacoes>> Acesso em: 13 de set. 2017.

DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. **Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Las Garantías constitucionales de los derechos fundamentales**. Caderno de Filosofia del Derecho. Camerino: Doxa, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. **Revista JurisFIB**, Bauru/SP: volume. 4, ano 4, dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395810031.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

FIGURAS. Consulta direta aos servidores do cartório da 26ª Vara Federal da Subseção de Porto Alegre/RS, nos dias 10 de novembro de 2017 e 23 de novembro de 2017.

FRANÇA, Jefferson Luiz de. O instituto da arbitragem: meio extrajudicial de solução de conflitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande/RS, XI, nº 56, ago. 2008. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5041&revista_caderno=21> Acesso em: 25 ago. 2017.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. Adrs. Mediação. Conciliação e arbitragem**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2004.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução; Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre/RS: Artmed, 2005.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção judiciária do Rio Grande do Sul. **Instalada a primeira vara federal de conciliação do país**. 2014. Disponível em: <<https://www2.jfrs.jus.br/instalada-a-primeira-vara-federal-de-conciliacao-do-pais/>>. Acesso em: 22 de nov. 2016.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção judiciária do Rio Grande do Sul. **História**. 2017. Disponível em: <<https://www2.jfrs.jus.br/historia/>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Conciliação Virtual**. 2017a. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1569>. Acesso em: 21 nov. 2017.

LANES, Júlio Cesar Goulart, **Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento**. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ, Forense, 2009.

MACHADO DA ROCHA, Daniel. **O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004.

MACEDO, Elaine Harzheim, **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. 1. ed. Porto Alegre/RS, Livraria do advogado, 2005.

MALVES, Rita de Cassia Bueno. **Auxílio reclusão. Uma breve análise do benefício previdenciário**, Rio Grande/RS, Portal Âmbito jurídico.com.br. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17560&revista_caderno=20> Acesso em: 15 set. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2011.

MATOS, Julia Lopes de; PORTUGAL, Larissa Ribeiro e ALMEIDA, Roberto, **Solução de Conflitos por autocomposição**: A resolução n. 125/2010 do CNJ e a conciliação. Disponível em: <<http://sou.undb.edu.br/cedes/revista/edicao3>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

OPORTO, Silvia Fazzinga; VASCONCELLOS, Fernando. **Arbitragem comercial internacional**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

PACHECO, Eliana Descovi. Evolução histórica do direito penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>. Acesso em: fev. 2018.

PISKI, Oriana. Princípios Orientadores dos Juizados Especiais, Brasília/DF. **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, 2012. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan, Judicialização e Desjudicialização, entre a deficiência do Legislativo e a insuficiência do Judiciário. Brasília/DF, **Revista de informação legislativa**, v. 50, n.199, p.25-33, jul./set. 2013.

RIBEIRO, Julio Cesar Garcia. **A previdência Social do regime geral na Constituição brasileira**: a reforma implementada pela Emenda n. 20/98 e os novos rumos. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2001.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SALES, Lilia Maria de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos; instrumentos de democracia. Brasília/DF, **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SANTOS, Pablo de Oliveira. **Jurisdição**: considerações acerca do seu conceito, características, princípios inerentes e “espécies”. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 18 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49465&seo=1>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral; SCHAFER, Jairo Gilberto, **Juizados Especiais Federais Cíveis**: competência e conciliação. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação, conciliação e arbitragem como métodos alternativos na solução de conflitos para

uma justiça célere e eficaz. Santa Cruz do Sul/RS. **Revista Jovens Pesquisadores**, v.3. n.1 p. 128-143, 2013.

TAKAHASHI, Bruno, **Desequilíbrio de poder e conciliação**: o papel do conciliador em conflitos previdenciários. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 1. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.