

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULYA PASCOAL FERRAZ DE OLIVEIRA**

**A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NAS AUDIÊNCIAS DE  
MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA  
CONFIDENCIALIDADE**

VITÓRIA  
2018

JULYA PASCOAL FERRAZ DE OLIVEIRA

**A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NAS AUDIÊNCIAS DE  
MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA  
CONFIDENCIALIDADE**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Goretti Santos.

VITÓRIA

2018

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>3</b>
<b>1 POLÍTICA NACIONAL DE GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>4</b>
1.1 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO.....	4
1.2 RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ.....	6
<b>2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>3 AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....</b>	<b>15</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>22</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>24</b>

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela presença sempre constante e a inspiração que me mostrou que superação é sinônimo de Vitória.

A meus pais, que nunca me dirigiram uma palavra de descrédito e me ensinaram que sonho nenhum é grande demais se acompanhado de trabalho proporcional.

A tia Dora, que me ensinou a ser guerreira e que ser mulher é ser exemplo.

Ao meu orientador, Ricardo Goretti Santos, pela paciência infindável e dedicação tão bela, que fizeram ascender em mim uma chama de coragem que eu não mais sabia existir.

O direito não é apenas categoria ou conceito, objeto de válidas lucubrações acadêmicas. Direito é, antes de tudo, vida que se manifesta nas infinitas possibilidades da ação humana na realização histórica de cada projeto pessoal nesta misteriosa experiência da vida em sociedade. E, porque o é, seu menoscabo, provenha da autoridade ou dos súditos, como centros de poder social, degrada sempre a pessoa humana, reduzindo-a, de sujeito da sua história, a objeto disponível da ação alheia e, portanto, ao estado de coisa, infravalente por natureza. E, se não restabelece a ordem jurídica lesada, dentro da qual a lesão à liberdade e à autonomia de cada um é lesão à autonomia e à liberdade de todos, retrocedemos aos estágios fluídos da barbárie.

(Antônio Cezar Peluso)

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do papel do magistrado nas audiências de conciliação e de mediação previstas no artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, em especial se sua atuação nas referidas audiências violaria o princípio da confidencialidade, consagrado no artigo 166 do mesmo diploma legal quando o juiz mediador for o responsável pelo julgamento da lide na eventual impossibilidade de acordo entre as partes.

Para tanto, no primeiro capítulo faz-se um estudo do atual panorama do Poder Judiciário, valendo-se de dados constantes do Relatório Justiça em Números de 2017 elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, passando à análise da Resolução 125/2010 do CNJ e sua influência na elaboração do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei 13.140/2015 – Marco Legal da Mediação.

Posteriormente, conceitua-se mediação e conciliação, com especial destaque para seus objetivos, princípios norteadores e na definição que a legislação dá para cada um dos institutos.

Finalmente, o terceiro capítulo dedica-se ao estudo das audiências de mediação e de conciliação do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 e o papel do magistrado em sua configuração, realizando-se um breve estudo de caso.

# **1 POLÍTICA NACIONAL DE GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO**

## **1.1 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO**

Já há muito que não se pode ignorar que a tradicional forma pela qual se encara resolução de conflitos não tem a eficiência necessária à concretização dos direitos e garantia fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

No ordenamento jurídico pátrio, a partir da perspectiva instituída com a Constituição de 1988, consagrou-se, a garantia de acesso à justiça, enquanto direito fundamental, sendo formalmente encarada como a inafastabilidade da jurisdição, prevista no inciso XXXV do artigo 5º.

Entende-se, no entanto, que acesso à justiça não é meramente o direito de bater às portas do Judiciário, mas a norma tem em seu complemento perfeito o princípio da razoável duração do processo, que garante a todos, na forma do inciso LXXVIII, no âmbito do processo judicial e administrativo meios que que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não obstante, a realidade desejada pelo constituinte não se reflete nas condições em que o Poder Judiciário opera atualmente. De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2017 elaborado pelo CNJ, o Poder Judiciário, em sua integralidade, encerrou o ano de 2016 contabilizando 79,7 milhões de processos em tramitação. Foi apurado que em 2016 ingressaram 29,4 milhões de novas demandas e foram baixados 29,4 milhões de processos, computando um aumento de 2,7 milhões de processos no estoque.

Cumprе esclarecer que, para efeitos estatísticos, consideram-se baixados os remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; arquivador

definitivamente; em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Disso extrai-se que pequena parcela do que o Relatório considera baixado traduz-se em efetiva pacificação de conflito ou efetiva resolução de demandas.

De acordo com os dados coletados, em primeiro grau o tempo médio para a prolação de uma sentença na fase de conhecimento nas varas estaduais é de 2 anos e 1 mês, 3 anos e 1 mês para a baixa. Nessas varas os processos ficam pendentes em média 5 anos e 4 meses. Já na fase de execução, o prazo médio para a prolação da sentença é de 5 anos e 4 meses, para a baixa do processo é de 5 anos e 9 meses, ficando pendentes em média por 7 anos e 9 meses.

Toda a máquina do Judiciário custou, em 2016, para os cofres públicos 84,4 bilhões de reais, o que representou 1,4% do Produto Interno Bruto do País, sendo que a arrecadação foi de 39,04 bilhões.

Ora, quando se confronta o texto da Constituição, que se repete na legislação ordinária, com o que os dados revelam constatamos os entraves de acesso à justiça que há muito Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontaram já na década de 70.

Diante de um Judiciário abarrotado, terreno infrutífero para a concretização material do direito fundamental, viu-se diante da necessidade de uma mudança significativa na forma de se encarar a gestão no conflito pelo Estado, tanto no âmbito processual quanto no extrajudicial. Conforme a lição de Cappelletti e Garth (1988, p. 12):

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. [...]. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

O cenário acima descrito desvelou a necessidade de instituição de políticas públicas de institucionalização e regulamentação dos métodos alternativos de resolução de



conflitos, com especial destaque para a mediação e para a conciliação, sendo a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça foi pioneira nesse sentido.

## 1.2 RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ

A Resolução 125/2010 ditou os termos da legislação que a seguiria, a saber, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação). A referida resolução instituiu uma Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, convergindo, como esclarecem as considerações iniciais, para a “efetivação do acesso integral à justiça através de meios adequados e plurais de gestão de conflitos” (SANTOS, 2017, p. 193).

De forma a operar uma mudança nos paradigmas recorrentes, tomou-se como um de seus pressupostos a reestruturação do modo como se encara a administração da justiça, no sentido de revisar a forma de enxergar o papel de magistrados e tribunais na resolução de conflitos. De acordo com Ricardo Goretti Santos, “o Judiciário deixa de ser visto como o *locus* do processamento de lides para se afirmar como espaço público de gestão adequada, plural e democrática de conflitos” (2017, p. 193).

Buscou-se, assim, a implantação do que se denomina *Tribunal Multiportas*, sistema que se volta para o comprometimento com a pacificação dos conflitos observando suas peculiaridades, com especial destaque para os métodos autocompositivos, e não apenas a solução clássica de heterocomposição com imposição da sentença pelo juiz.

Cumprindo ainda ao poder público a função de conscientização e incentivo à busca pela autocomposição, de modo que as partes passem a ter papel ativo na pacificação dos conflitos sociais e, conseqüentemente, a necessidade de recorrerem ao Poder Judiciário diminua progressivamente, conforme preceitua Francisco José Cahali (2015, p. 63):

[...] incentivada a mediação e a conciliação judiciais por meio desta iniciativa, cujos resultados certamente são exitosos, provoca-se também o desenvolvimento destes meios adequados de solução de conflitos no âmbito privado, pois, em última análise, estar-se-á valorizando a cultura da composição, a cultura da pacificação.

É possível afirmar que o sistema iniciado com a Resolução 125/2010 e solidificado com os diplomas legais que a seguiram, a saber, o Código de Processo Civil e o Marco Legal da Mediação, buscou-se cobrir o maior campo possível no sentido de sedimentar uma modificação na forma de se encarar o conflito. Pela leitura dos textos em análise se observa a grande influência que as diretrizes traçadas na resolução exerceram na legislatura.

Partindo de uma perspectiva autocompositiva da resolução de conflitos e também a tendo em vista, compreendeu-se a necessidade de abranger tanto os casos fora do judiciário, bem como aqueles conflitos que já chegaram às portas do Estado. Desta forma, tem-se a Lei nº 13.140 e os ditames do Código de Processo Civil de 2015 regulando a mediação e a conciliação nas esferas extra e judicial. É importante, no entanto, ressaltar que os diplomas em questão são complementares, assim como as diretrizes firmadas na Resolução 125/2010 os complementam, na medida de sua compatibilidade.

A partir de seus artigos iniciais já se percebe significativas mudanças no Código de Processo Civil quando comparado com seu antecessor, no que tange ao tratamento dos métodos de solução consensual de conflitos. A opção do legislador por inserir no Capítulo “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” um texto como o inscrito no § 3º do artigo 2º, já dá fortes indícios da importância que a mediação e a conciliação passam a ter no processo civil como um todo sob a égide deste diploma.

Assim prevê o texto legal:

[...] §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membro do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Como reflexo direto dessa importância que a mediação e a conciliação passam a ter na dinâmica da resolução de conflitos levados ao judiciário, mediadores e conciliadores judiciais passam a ser considerados auxiliares da justiça, conforme prescrito no artigo 149 do Código de Processo Civil, aplicando-se a eles as causas de impedimento e suspeição previstas nos artigos 144 e 145.

Importante contribuição da Resolução 125/2010 se refletiu na previsão da criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos - CEJUSCS, responsáveis pela realização de sessões e audiência de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Para atuação nos Centros exige-se, além de capacitação nas técnicas necessárias, cadastro em banco de dados nacional e do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal de atuação. Importante destacar que a existência dos CEJUSCS não retira das partes a prerrogativa de escolherem o profissional ou câmara para realização da mediação ou conciliação.

Merece destaque, também, a existência de hipóteses de exclusão do cadastro de mediadores e conciliadores quando a ação do profissional for contrária aos princípios norteadores da prática. As hipóteses previstas no Código (artigo 173) são:

- [...] I – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art.166, §§ 1º e 2º;
- II – atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito;

Ademais, não se pode escapar da análise da interpretação que se extrai quando realizada um estudo isolado da norma constate nos artigos 3º, § 2º; 139, V e 334 § 1º, no que diz respeito a quem presidirá as sessões e mediação e conciliação judiciais, considerando o aparente silêncio da norma.

O texto legal usa, de forma recorrente, o verbo “promover” quando trata das atribuições do Juiz com relação à adoção de métodos autocompositivos de resolução de conflitos, o que pode gerar dúvida interpretação, tendo em vista as acepções que vocábulo pode assumir.

De acordo com o dicionário da Academia Brasileira de Letras (2008, p. 1036), promover pode assumir o significado de “1. Fornecer recursos para um evento, uma festa, congresso, seminário, etc. [...] 2. Causar, provocar. [...] 3. [...] 4. Favorecer o

desenvolvimento de:”. Entende-se que, muito mais que a simples efetivação direta pelo magistrado do texto legal, o legislador usou o termo em questão com vistas a estimular o fomento da autocomposição.

Em outras palavras, pela análise sistêmica do Código percebe-se que o legislador buscava incitar o magistrado a se valer dos mediadores e conciliadores para audiência de mediação e conciliação, tendo em vista serem eles profissionais cadastrados e capacitados para tanto.

Nesse seguimento percebe-se na imputação ao Tribunais da responsabilidade de instituição dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, como precipuamente delimitado pela Resolução 125/2010 do CNJ e depois pelo legislador em 2015, tanto no Código de Processo Civil quanto no Marco Legal da Mediação, uma preferência pela realização das sessões de mediação e conciliação nos CEJUCS, como leciona Ricardo Goretti Santos (2017, p. 271)

[...] prestigiaram o exercício técnico da autocomposição por profissionais capacitados para tal finalidade, liberando os magistrados para o exercício da função jurisdicional típica, de resolução de conflitos de interesses, em caráter secundário, quando esgotadas as tentativas de composição entre as partes.

Cumprir esclarecer que os contornos que a Resolução deu aos Centros não foi inteiramente seguida na legislação posterior. Naquela, os CEJUCS, além de serem o local apropriado para a realização das sessões de mediação e conciliação, bem como para o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular métodos consensuais de resolução de conflitos, têm um papel de Centros de Cidadania, aos quais o cidadão se dirige a fim de gozar de serviços de diversos, desde a emissão de documentos a atendimento psicossocial entre outros. Esse viés não foi adotado no Código de Processo Civil de 2015, nem no Marco Legal.

Feita a necessária contextualização da problemática, direciona-se, na segunda parte do presente trabalho, à definição dos conceitos fundamentais de mediação e conciliação, em suas semelhanças, particularidades e princípios norteadores, como especial destaque para o princípio da confidencialidade.

## 2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A mediação e a conciliação são métodos de resolução de conflitos baseados na autocomposição. Isso significa que as partes interessadas serão levadas a um ponto comum por um terceiro desinteressado na resolução da questão. São consideradas métodos alternativos ao processo judicial tendo sido consagradas pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 334, que prevê a realização de audiências de mediação e conciliação em todos os processos em que se admite autocomposição e as partes não manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Cumprido destacar que a codificação não inaugurou a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos no cenário brasileiro, apenas representou uma normatização legal que antes era feita, em partes pela Resolução 125/2010 do CNJ e por costumes, havendo parte doutrina que defendia uma desnecessidade de adicional regulamentação.

Nas palavras de Francisco José Cahali (2015, p. 45):

Caminha-se pela trilha da autocomposição, no espaço da liberdade de escolha e decisão quanto à solução a ser dada ao conflito. O terceiro, quando aqui comparece, funciona como um intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes, instigando a reflexão de cada qual sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que estas, voluntariamente, cheguem a um consenso ou reequilíbrio da relação. A participação dos interessados no resultado é direta, com poderes para a tomada de decisões, após passar pela conscientização do conflito e das opções para pacificação.

Tem-se, justamente pela ampla participação das partes no alcance da pacificação do conflito aliado ao fato de que não há uma imposição de decisão a uma parte necessariamente perdedora, que a adesão das partes ao restado é muito maior, quando comparamos ao processo judicial em todas, com o inconformismo refletido

em longa fase recursal e posterior postergação na fase de cumprimento de sentença, ou, até mesmo, em sede de execução.

A tratamento legal que se dedica a tais métodos, seja na abordagem extrajudicial, seja na processual e, nesta, quando se analisa a localização dos dispositivos que tratam da mediação e da conciliação no Código de Processo Civil percebe-se que o legislador reconhece a aptidão que têm para a pacificação social, possuindo aplicabilidade nos mais variados campos do direito e a qualquer tempo do processo.

Exatamente por isso encontramos dispositivos referentes à conciliação em meio à regulamentação dos processos no âmbito do direito de família, das ações possessórias, das medidas cautelares, assegurando às partes, ainda, se houver voluntariedade, que a qualquer tempo se suspenda o andamento do processo para que recorram a métodos coexistenciais.

Não se pode perder de vista, no entanto, que há diferenças fundamentais que definirão a perfeita abordagem para cada conflito, variando de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

O artigo 165 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 2º e 3º, consubstancia uma diferenciação das circunstâncias nas quais se indica a utilização das técnicas de mediação ou de conciliação.

De acordo como o §2º, a conciliação terá lugar nos casos em que o conflito se desenvolve numa relação estabelecida entre partes que não tinham vínculo prévio à dita relação, podendo assumir um papel propositivo de soluções para o conflito. O foco, aqui, não é no conflito ou na relação existente entre as partes, mas em alcançar uma solução para o conflito em questão.

Para alcançar a pacificação, o facilitador cumprirá quatro etapas sequenciais, sendo elas: abertura, esclarecimentos, criação de opções e acordo. De acordo com a lição de Adolfo Braga Neto (2007, apud SANTOS, 2008), são elas:

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. Logo após, passa-se para os esclarecimentos das partes sobre as 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, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na sequência, encaminha-se para o estímulo a criação de opções, quer seja através de sugestões trazidas pelo terceiro, quer seja por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de se atingir o almejado consenso pela solução e, posteriormente, acordo, sua redação e assinatura.

Já a mediação prospera nas situações em que as partes têm um vínculo anterior ao conflito. Cahali (2015, p. 47) esclarece, também, que caberá “em situações e, que será gerada para as partes, na solução do conflito, uma nova relação com direitos e obrigações recíprocas”. O mediador se voltará, principalmente, para os detalhes da relação entre as partes e para as particularidades do conflito, sendo seu papel criar um ambiente favorável ao reestabelecimento do diálogo interrompido, possibilitando que se assumam uma postura de alteridade na forma de enxergar a relação, tornando a relação harmônica.

Na mediação, diversamente da conciliação, o facilitador não deverá propor soluções para o conflito, essas devem partir das partes. A ele caberá a promoção de reflexões e de exercícios que auxiliarão as partes na superação da animosidade, atenuando uma carga emocional negativa, anuviada por rancores, discussões e negatividade.

Em resumo, enquanto a conciliação tem lugar em conflitos entre partes que têm entre si relações circunstanciais, a mediação funcionará em conflitos nos quais as partes têm ou terão uma relação continuada.

Tem-se por se relações circunstanciais as que não demandam muita preocupação com sua continuidade. É possível afirmar que nascem com a relação, evento ou circunstância que originou o conflito e, no momento de sua resolução, sem qualquer interesse de continuidade após a pacificação. Justamente por isso se afirma que a conciliação é mais rápida e não demanda do facilitador um aprofundamento na relação das partes e nas minúcias do conflito.

Já a relação continuada é caracterizada por múltiplos vínculos. Isso implica diretamente na situação das partes após a pacificação do conflito que, para ser exitosa necessita representar uma ponte sobre a qual o vínculo entre os mediados se reestabelecerá e seguirá para o futuro de uma forma sadia. Nesse sentido esclarece Ricardo Goretti Santos (2008, p. 110):

Em se tratando de relações continuadas [...], o fortalecimento ou o restabelecimento da comunicação é pressuposto fundamental para que os conflitantes possam estruturar acordos condizentes com os seus mais lícitos interesses, necessidades e possibilidades. Tamanha relevância justifica a preocupação do mediador com o desenvolvimento de um trabalho de priorização do diálogo e da harmonia entre os mediados, tido como o propósito imediato da mediação.

O legislador elencou, no artigo 166 do Código de Processo Civil, como princípios da mediação e da conciliação a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade a decisão informada.

Percebe-se, no entanto, que o legislador tomou um cuidado redobrado com relação à confidencialidade, dedicando dois parágrafos do dispositivo no seu tratamento, conforme se observa:

[...] § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.  
§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Tal preocupação se coaduna com apropriada natureza da mediação e da conciliação. Para que o ocorra o diálogo e as partes cheguem, consensualmente, à resolução do conflito, é necessário que compartilhem informações que, em alguns casos, podem lhes ser prejudiciais numa eventual fase processual. Dessa forma se delimita o liame entre a necessidade do sigilo e o êxito do processo mediacional.

Essa percepção se reforça após uma análise do quadro principiológico apresentado nos três textos normativos tratados no presente trabalho apenas dois princípios são comuns a todos: a confidencialidade e a imparcialidade.



Cumpra salientar os contornos que o § 1º do artigo 31 da Lei 13.140/2015 dá ao dever de confidencialidade. De acordo com o dispositivo:

O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II – reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III – manifestação de aceite de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

Em que pese o dispositivo não conste expressamente no Código de Processo Civil, na leitura de Fernanda Tartuce (2015, p. 269) “por força do diálogo das fontes é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante no Novo CPC e da Lei de Mediação”. O conteúdo reitera que o legislador entendeu a importância que a confidencialidade garantida tem para o sucesso da mediação ou conciliação, ao acrescer à lei um rol que naturalmente poderia ser subentendido quando se exige observância ao dever de sigilo.

Na sequência lança-se em uma análise das audiências de conciliação e de mediação previstas no artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 e, em especial, da atuação do magistrado nessas circunstâncias.

### **3 AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

A lógica da resolução autocompositiva de conflitos é mais colaborativa, quando comparada à lógica heterocompositiva típica do processo judicial. Na autocomposição as partes voltam-se para o diálogo sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada no passado, concentrando-se, também, para o futuro como ponto a ser considerado. Justamente por ser uma solução autocompositiva, o terceiro não tem poder de imposição em suas colocações. Seu papel volta-se à facilitação da comunicação entre as partes de modo a viabilizar a obtenção de resultados substanciais.

Tendo essas características fundamentais em vista, evidenciam-se algumas dificuldades que surgem a partir da realização das audiências de mediação e conciliação previstas no artigo 334 do Código.

Não se pode ignorar que, em que pese a maior visibilidade que os métodos alternativos de resolução de conflitos tem obtido a formação dos profissionais de do direito ainda leva à formação de uma mentalidade oposicionista, no sentido de crer que no conflito existe, necessariamente, um lado certo e outro errado, bem como que a obtenção de vantagem por um implique em desvantagem para o outro.

Outra crença recorrente que se detecta e que pode ser nocivo à concretização da autocomposição é a necessidade de um terceiro com poder impositivo, capaz de dizer a lei entre as partes, que se materializa na figura do juiz.

Esses pensamentos, conjugados, tornam o solo pouco fértil ao alcance de resultados positivos em termos de conciliação e mediação, que e baseiam na igualdade das partes, conforme anteriormente exposto.

A situação se agrava quando se tem uma figura como o juiz ocupando a posição de mediador ou conciliador. Isso porque o poder inerente à posição que ocupa, projetada no subconsciente das partes facilmente pode transformar os esforços necessários ao alcance do consenso em matéria de barganha ou ameaça. Uma posição mais incisiva ou agressiva pode ser interpretada como possibilidade de retardamento da prestação jurisdicional ou de não análise do mérito.

Tal questão deve ser analisada com muito cuidado pelo profissional responsável pela orientação das partes no momento da mediação ou conciliação, sendo o próprio desconhecimento das partes sobre a dinâmica da mediação o da conciliação um dos primeiros obstáculos a serem transpostos. É preciso que cada envolvido esteja muito consciente da técnica a ser utilizada, definida pelas necessidades apresentadas e as peculiaridades de cada caso, bem como seu papel no diálogo que se desenvolverá.

Questiona-se, nesse contexto, se um magistrado, com todas as peculiaridades que envolvem sua posição e seria o profissional adequado para exercer o papel de mediador ou conciliador. Bem sabe-se que sua formação não os orienta para esse tipo de atuação e que, conforme anteriormente exposto, o judiciário, de forma geral, está abarrotado e os juízes sobrecarregados. Não parece, considerando tais elementos aliados, que o terreno seja fértil à autocomposição.

Importante observação proposta por Áquila Brenna Lamberti Gumes e Julia Teixeira Ramos (2014, p. 331), quando analisaram as possíveis consequências da atuação de magistrados como conciliadores ou mediadores:

[...] outro fator que desencadeia questionamentos no que diz respeito à adequação dos juízes ao ambiente da mediação é o da construção cotidiana dos profissionais, que acaba sendo voltada às atividades que eles praticam em seu ofício. Nesse sentido, há de se considerar que o magistrado foi moldado a jurisdicionar, ou seja, a 'dizer' o direito, a dar decisões e a imputar o que dita como verdade às partes envolvidas no processo, as quais devem se encontrar em posição passiva no que tange ao rumo de seus processos.

Não parece, com toda a argumentação tecida acerca da necessidade de estabelecimento de uma escuta ativa e das demais características que se são necessárias ao mediador e conciliador, que convergem para a função tipicamente judicante incorporada pelos magistrados.

Ademais, um ponto que parece estar constante esquecido é referente ao princípio da confidencialidade, anteriormente elaborado. É pertinente a transcrição do dispositivo legal constante no artigo 166 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que seu texto reflete precisamente problemática que se discute, a saber a possibilidade de concretização do princípio da confidencialidade, previsto na própria lei como orientador da mediação e conciliação, quando o magistrado que atua como mediador ou conciliador também julga a causa, na eventualidade de impossibilidade de acordo. Assim, prevê o dispositivo legal:

Artigo 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Da simples leitura do texto, percebe-se uma preocupação do legislador em garantir que as informações eventualmente desveladas nas sessões de conciliação ou mediação não sejam utilizadas numa eventual fase judicial de modo a favorecer esta ou aquela parte.

Um dos pressupostos para o sucesso de um método autocompositivo é a criação de um ambiente de segurança e conforto entre as partes, de modo que elas possam transigir e dialogar até alcançarem a resolução do conflito, sem imposição de um determinado resultado ou receio de que algo ali dito ou confrontado seja posteriormente utilizado contra si.

Em resumo, as sessões de mediação e conciliação não podem se tornarem uma arena para recolhimento de informações e criação de estratégias para uma posterior fase processual. Assim, observa-se, no Manual de Mediação do CNJ (SOUZA, 2016, p. 216), que:

A confidencialidade das informações dentro do processo de mediação é um outro fator que influencia na construção de uma relação de confiança das

partes com o mediador. Quando as partes sabem que nada do que foi dito no processo de mediação poderá ser usado em outro processo ou ambiente em seu desfavor, sentem-se muito mais à vontade para revelar informações importantes acerca da controvérsia.

Neste contexto, questiona-se como o magistrado, após conduzir as sessões de mediação ou de conciliação, poderia eximir-se de todas as informações que lhe forem confiadas para iniciar uma fase processual, onde passaria a analisar os argumentos levantados por cada uma das partes e dar um fim à lide de forma imparcial.

Assim como se entende ser irreal exigir de um juiz neutralidade, considerando que a individualidade é formada primordialmente por características imbuídas de conceitos, crenças e determinados pressupostos que cercam sua formação de convencimento, seria utópico exigir dele que não se valesse, intencionalmente ou não, de informações que obteve por sua posição de mediador ou conciliador, no decorrer do processo.

Corroborando o argumento o entendimento de Fernanda Tartuce (2013, p. 761): Assim, é essencial que o juiz não seja o condutor do meio consensual também porque, se infrutífera a via consensual, ele precisará julgar a demanda; como o fará se considerar o que ouvira durante as sessões?

É importante ressaltar que, na idealização na Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, ao se instituir a confidencialidade como um dos princípios balizadores da atuação de mediadores e conciliadores judiciais, tinha-se em vista, principalmente a criação desse ambiente de segurança e confiança entre partes e facilitador, conforme acima descrito.

Conforme a redação do artigo 1º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais instituído pelo CNJ, em seu inciso I, há a necessidade de observância do:

dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

Observa-se, a partir da elaboração da Política do CNJ, que tanto influenciou o Código de Processo Civil de 2015, conforme anteriormente discorrido, uma grande

preocupação com a posterior atuação do facilitador em caso de insucesso da mediação ou conciliação, revelada na vedação expressa ao patrocínio de uma das partes ou de figurar no rol de testemunhas.

O próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 172, traz uma causa de impedimento temporária aos profissionais que atuarem como mediadores e conciliadores judiciais, estando estes impossibilitados de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes por ano, contado a partir da última sessão de mediação ou conciliação que atuaram. No mesmo sentido também estabelece <sup>1</sup> O artigo 6º da Lei 13.140/2015 tem idêntica redação.

Essa previsão já encontrava previsão no artigo 7º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais do CNJ, sendo que o referido dispositivo prevê um impedimento absoluto de prestar serviços profissionais de qualquer natureza aos envolvidos em processo de mediação ou conciliação sob sua condução. Considerando ser o Código de Processo Civil é norma de hierarquia superior (Lei Ordinária) e mais moderna, prevalece em relação à Resolução do CNJ.

Também a Lei 13.140/2015, em seu artigo 7º veda a atuação do mediador como árbitro ou testemunha em processos arbitrais ou judiciais relacionados a conflitos em que tenha atuado como mediador.

Ainda assim, evidencia-se uma preocupação com a atuação posterior do facilitador no processo numa eventual impossibilidade de acordo. Resta claro, desta forma, que as informações obtidas em sede de mediação e conciliação não deverão integrar o quadro cognitivo do magistrado ou de qualquer dos atores processuais que não as partes quando do início da instrução processual.

Tal afirmação reforça-se quando analisamos o texto do artigo 148 do Código de Processo Civil, especialmente em seu inciso III. O dispositivo em questão está inserido no capítulo que trata dos impedimentos e suspeições previstos no diploma legal, sendo esclarecido no dispositivo em questão que as causar previstas anteriormente para os magistrados também se aplicam aos membros Ministério Público, aos auxiliares e aos demais sujeitos imparciais do processo. A utilização do vocábulo

“demais” deixa claro que todos os atores mencionados no capítulo se sujeitam à mesma necessidade, a saber, de manutenção da imparcialidade ao exercerem seus papéis no curso do processo.

Diante do que foi anteriormente tratado, conclui-se que a preocupação do legislador em evitar que o mediador ou conciliador atuassem em uma fase pós mediação e conciliação está intimamente relacionada com a natureza do papel por eles exercido e, inerente a este, ao acesso que têm às partes. Não se pode ignorar que todo este contexto vai de encontro à demanda por imparcialidade expressa na Codificação.

Assim sendo, se ao mediador ou conciliador é vedado a atuação no processo como advogado ou testemunha, com muito mais razão, não é prudente ao magistrado atuar duplamente como facilitador em uma mediação ou conciliação e, posteriormente como julgador.

Neste sentido foi preferida decisão emblemática pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de Apelação Cível. No caso em tela, o juízo primevo designou as partes para audiência de conciliação e, restando infrutífera a autocomposição, o magistrado, que presidiu a sessão de conciliação, sentenciou o processo.

Ao analisar o recurso, o Tribunal reconheceu a existência de *error in procedendo* por violação ao princípio da confidencialidade, uma vez que o juiz se valeu das declarações prestadas em sede de conciliação para fundamentar a sentença, declarando sua nulidade. Assim foi ementado o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCEDIMENTO COMUM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTURAL PROFERIDA EM AUDIÊNCIA INAUGURAL DE CONCILIAÇÃO. NULIDADE. *ERROR IN PROCEDENDO* CONFIGURADO. ANULAÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. Estabelece o art. 334 do CPC-15 que, observados os requisitos essenciais na petição inicial, e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, exceto se qualquer das partes manifestarem expresse desinteresse na composição consensual ou, ainda, quando a lide não admitir a autocomposição (art. 334, § 4º, I e II).  
2. Audiência de conciliação ou de mediação que não pode ser presidida pelo magistrado da causa, mas por conciliador ou mediador, sob pena de ofensa ao princípio da confidencialidade (art. 334, § 1º; art. 165, § 2º e § 3º e art. 166 § 2º, todos do CPC-15). Excepcionalmente, caso isso ocorra, o magistrado

não poderá julgar o feito, salvo para homologar a autocomposição obtida, nos termos do art. 334, § 11, da lei processual.

3. No caso em tela, verifica-se que os réus foram citados para oferecimento de contestação e intimados para comparecimento à audiência inaugural de conciliação, presidida pelo próprio magistrado da causa, com depoimento das partes, sob pena de confissão e aplicação da multa prevista no art. 334, § 8º do CPC-15, concluída com o proferimento de sentença de procedência do pedido autoral, configurando evidente violação ao princípio do devido processo legal, por inobservância de diversos dispositivos legais que orientam o procedimento comum.

4. Anulação de sentença *ex officio* que se impõe, por *error in procedendo*, com retorno dos autos à origem para regular prosseguimento, a partir das providências preliminares e saneamento (art. 347). Recursos prejudicados.

Revela-se, com essa decisão, importantes questões da argumentação que aqui foi tecida. Por um lado, tem-se a atuação do magistrado de primeira instância que reforça e muito justifica a preocupação em direcionar o papel de facilitar para profissionais capacitados e habilitados para tanto. Importante destacar que isso não importa numa crítica cega à postura dos juízes de primeiro grau, principalmente os que atuam junto à Justiça Estadual. Como exposto no primeiro capítulo, a realidade do judiciário é de crise, o acervo é gigantesco e não para de crescer. Não se pode ignorar a posição em que os juízes estão, constante pressionados a apresentar resultados.

Justamente por isso se reforçou o importante papel da estrutura dos CEJUCS, bem como o papel dos mediadores e conciliadores enquanto auxiliares da justiça. Mesmo não sendo lícito reduzir a Política Nacional de Gestão Adequada de Conflitos e todos os reflexos a meros esforços para diminuição do acervo de processos ou de aceleração processual, não se pode ignorar o importante papel que essa questão tem para êxito da referida política.

O outro ponto digno de nota é a percepção da concretização do viés educativo que propôs o Conselho Nacional de Justiça e legislador ordinário, tanto no CPC/2015 quanto no Marco Legal da Mediação. Para a efetiva concretização da Política idealizada, é imperativo que o Poder Judiciário, como um todo “compre a ideia”. O sucesso está intrinsecamente ligado ao comprometimento da população como um todo e a percepção de que Tribunais já estão reconhecendo esse fato possibilita vislumbrar bons horizontes.



## CONCLUSÃO

Trabalhadas as temáticas dos três capítulos que compõem o presente trabalho, passa-se agora à apresentação das conclusões. O que se propõe neste momento, além da uma síntese apertada das considerações feitas é a atribuição de uma resposta à problemática levantada.

Com devido cuidado para evitar a prolixidade, far-se-á uma breve retomada das principais reflexões desenvolvidas, a fim de concluir, ao final se a atuação do magistrado nas audiências de mediação e de mediação do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 representa uma violação ao princípio da confidencialidade, inscrito no artigo 155 do diploma, quando o juiz que assumiu o papel de facilitador também julga a causa, numa eventual impossibilidade de acordo.

No primeiro capítulo tratou-se da crise do Poder Judiciário, valendo-se do Relatório Justiça em Número de 2017 do CNJ, para demonstrar que a manutenção da tradicional visão da resolução de conflitos, unicamente pela via impositiva judicializada tem se revelado verdadeiro entrave à concretização do direito fundamental de acesso à justiça. Na sequência, introduziu-se a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que inaugurou a Política Nacional de Gestão Adequado de Conflitos, evidenciando a influência a Resolução exerceu sobre o texto do Código de Processo Civil e do Marco Legal da Mediação, ambos de 2015.

Em seguida, fez-se necessária uma conceituação dos institutos da mediação e da conciliação, tendo por base o texto legal, delimitou-se as semelhanças, diferenças, situações em que cada técnica prospera e a base principiológica elencada nos três diplomas normativos, conferindo especial destaque para o princípio da confidencialidade. Constatou-se, aqui, que a garantia da confidencialidade para as partes é fundamental para o êxito da pacificação do conflito pela via autocompositiva.

Isso porque, somente em um ambiente de segurança pode a autocomposição prosperar. O legislador, ao perceber essa conexão, confere particular regulamentação e enfoque para o postulado.

Finalmente, o terceiro capítulo contempla as audiências de conciliação e de mediação, como previstas no artigo 334 do Código de Processo Civil. A discussão aqui concentrou-se na impossibilidade, que é logicamente cognoscível, de o juiz que atua como facilitador, numa eventual impossibilidade de acordo, iniciar a instrução processual imparcial, não se valendo de qualquer das informações que a ele foram confiadas, não enquanto julgador, mas enquanto mediador ou conciliador, para formar seu convencimento, seja de forma deliberada ou não.

Diante disso, em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que a atuação de um magistrado como mediador ou conciliador numa audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil e, posteriormente, como julgador, na mesma causa, salvo nos casos de homologação do acordo, importa em violação ao princípio da confidencialidade inscrito no artigo 155 daquele diploma legal.

## REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **L. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **L. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

BRAGA NETO, Adolfo apud SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à Justiça e Mediação**: Ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos. 2008. 285 p. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Garantias Fundamentais) – Faculdades de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Número 2017**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução Número 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no

âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

GUMES, Áquila Brenna Lamberti; RAMOS, Julia Teixeira. A atuação dos magistrados nos métodos de resolução de conflitos estabelecidos pela Resolução N. 125 do Conselho Nacional de Justiça. In: **Mediação e Direitos Humanos**. CHAI Cássios Guimarães; BUSSINGER, Elda Coelho A.; SANTOS, Ricardo Goretti (orgs). São Luis: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2014. p. 323-334.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0248819-20.2016.8.18.0001. Gás Verde S/A, Companhia Municipal de Limpeza Urbana – COMLUB, Paulo Roberto Bonfim Magno e Outros. Relator: Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. 27 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000418970F9477967042CA6B18B880D93AD9C5064E025D10&USER=>>>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Mediação e Acesso à Justiça**. 1. ed. Salvador: JusPudivm, 2017.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à Justiça e Mediação: Ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos**. 2008. 285 p. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Garantias Fundamentais) – Faculdades de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

SOUZA, Aiston Henrique de et al. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: Questionamentos Reflexivos. In: FREIRE, Alexandre et al. (orgs). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: JusPudivm, 2013. p. 749-766.

\_\_\_\_\_. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.