

A CONFIDENCIALIDADE NAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO: O APARENTE CONFLITO ENTRE PUBLICIDADE E SIGILO PROCESSUAL

CONFIDENTIALITY AT THE CONCILIATION SESSIONS: THE APPROPRIATE CONFLICT BETWEEN ADVERTISING AND PROCEDURAL SAFETY

Daniel Mota Gutiérrez ¹
Adriano César Oliveira Nóbrega ²

RESUMO: Por intermédio de uma revisão bibliográfica e da atuação forense, esta pesquisa verifica a aplicabilidade do princípio da confidencialidade às sessões de conciliação, assim como já ocorre nos mesmos moldes em como sucede nas de mediação judicial e extrajudicial. Primeiro, mostra-se os meios equivalentes da gestão de conflitos, verificando as suas principais características e a sua importância para a consolidação do acesso à justiça. Em seguida, verificam-se as principais distinções entre os meios autocompositivos, em especial, entre a conciliação e a mediação e qual o método mais adequado para cada tipo de conflito. Na sequência, apura-se a importância da aplicabilidade da confidencialidade às sessões de conciliação e quais as principais consequências práticas de sua não utilização, analisando a dicotomia entre publicidade processual e confidencialidade das sessões autocompositivas. Remata-se com a ideia de que o sigilo deve reger todas as sessões conciliatórias, sob pena de enfraquecer o instituto da conciliação, tornando-o apenas mais uma etapa processual ao invés de um método com princípios e estrutura própria, no qual as partes podem solucionar o conflito sem a intervenção estatal.

Palavras-Chave: Conciliação; confidencialidade; sigilo; publicidade; acesso à justiça.

ABSTRACT: Through a bibliographic review and forensic practice, this research verifies the applicability of the principle of confidentiality to the conciliation sessions, as it already occurs in the same way as in the case of judicial and extrajudicial mediation. First, it shows the equivalent means of conflict management, verifying its main characteristics and its importance for the consolidation of access to justice. The main distinctions between the means of self-settlement, in particular, between conciliation and mediation, and the most appropriate method for each type of conflict, are then examined. Next, the importance of the applicability of confidentiality to conciliation sessions and the main practical consequences of its non-use is analyzed, analyzing the dichotomy between procedural publicity and confidentiality of the self-assessment sessions. It is based on the idea that secrecy should govern all conciliatory sessions, otherwise it would weaken the conciliation institute, making it just another procedural step rather than a method with principles and structure itself, in which the parties can conflict without state intervention.

Keywords: Conciliation; confidentiality; secrecy; publicity; access to justice.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento da Unichristus (Fortaleza/CE).

² Mestre em Direito pela Unichristus (Fortaleza/CE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professor do Centro Universitário Fametro (UNIFAMETRO). Advogado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Crise do Poder Judiciário” e “afogamento do Judiciário” são duas das expressões utilizadas para definir a atual situação das demandas processuais que tramitam sob o crivo da jurisdição estatal. Referido “afogamento” dá-se, em parte, pela conflituosidade da complexa sociedade pós-moderna, a qual não consegue ser contida pelos métodos tradicionais de solução de conflitos, que caem em uma profunda crise de efetividade, tanto quantitativa como qualitativamente.

Esta realidade propicia uma profunda desconfiança do cidadão relativamente à jurisdição monopolizada pelo Estado e, com procedência nesse fato, os métodos equivalentes da gestão de conflitos ganham força no ordenamento jurídico, como instrumentos que primam pela celeridade e construção democrática do provimento, considerando que as partes componentes do litígio atuam de maneira mais direta e consensual, diferentemente das características adversariais e do papel coadjuvante em que os envolvidos se encontram em um processo judicial.

O Código de Processo Civil de 2015 foi elogiado, por vezes, criticado pelos juristas, em decorrência de suas diversas inovações principiológicas e normativas. Dentre tais inovações, verifica-se a consolidação dos métodos equivalentes da gestão de conflitos, em especial, a conciliação e a mediação, havendo essa sido regulada pela Resolução nº 125 do CNJ e novamente tratada pela Lei nº 13.140/2015.

Além destes métodos autocompositivos de solução dos conflitos e a arbitragem, a desjudicialização de demandas auferiu destaque, com o advento do Diploma Processual de 2015³, ampliando, cada vez mais, o conceito do acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O acesso à Justiça, mormente visto como o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, ganhou evidência após a Terceira onda renovatória do Direito Processual (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), momento em que se ampliou o alcance deste princípio, transpondo o monopólio estatal de jurisdição, englobando os métodos autocompositivos e heterocompositivos da gestão de conflitos, além de ampliar a desjudicialização de demandas.

Juntamente com a ampliação do princípio da inafastabilidade de jurisdição, a conciliação e a mediação, feitos métodos autocompositivos, foram mais bem estruturados pela doutrina e a jurisprudência, que recepcionaram estes institutos e traçaram, desde logo, os princípios e diretrizes destes métodos.

Dentre os princípios elencados pelo Diploma Processual, a confidencialidade é um dos previstos para aplicabilidade, tanto às sessões de conciliação, quanto às de mediação. Com suporte, entretanto, na análise da prática forense e de parte da doutrina que aborda o estudo da publicidade processual, constata-se que o sigilo das sessões, em especial das de conciliação, não é sempre respeitado, uma vez que o conciliador, em muitas ocasiões, faz constar em ata de audiência detalhes tratados na sessão.

Além disso, há uma controvérsia que surgiu nos estudos voltados aos métodos autocompositivos, sobre a aplicabilidade do sigilo às audiências de conciliação, visto que a desinformação sobre o tema tratado nessas sessões poderia ferir o princípio constitucional da publicidade processual. Sobre este assunto, será verificado o posicionamento dos estudiosos favoráveis e contrários ao sigilo das sessões de conciliação e estudadas as principais consequências decorrentes da omissão da confidencialidade.

3 Esta demanda acadêmica busca analisar o papel da confidencialidade somente nas sessões de mediação e conciliação, portanto, não se faz necessário examinar a arbitragem e a desjudicialização.

No intuito de perquirir os objetivos aqui traçados, além desta seção, este artigo se reparte num segmento que se reporta às principais diferenças entre os métodos autocompositivos da gestão de conflitos, momento em que as sessões de conciliação e mediação serão sinteticamente definidas, com o intuito de melhor compreender a atuação prática destes métodos. Posteriormente, no âmbito da divisão há pouco referida, faz-se uma análise de alguns princípios basilares dos métodos autocompositivos, verificando, especificamente, o papel da confidencialidade na aplicação destes métodos, a norma pátria e o Direito estrangeiro referente a este princípio. Na seção que antecede as notas conclusivas, ficou verificada a contribuição da aplicação do princípio da confidencialidade, como regra geral, as sessões de mediação e conciliação, bem como as consequências práticas desta utilização para o deslinde e engrandecimento dos métodos equivalentes da gestão de conflitos.

2 OS MÉTODOS EQUIVALENTES DA GESTÃO DE CONFLITOS ENQUANTO CONSOLIDAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Os métodos equivalentes da gestão de conflitos passaram a possuir a mesma importância da jurisdição estatal na consolidação do acesso à justiça, especialmente a partir da contribuição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) com a obra *Acesso à Justiça*, que serviu como base de desenvolvimento dos estudos sobre acesso à justiça das últimas décadas. Em síntese, os autores reconhecem os entraves de garantir a efetividade do acesso à justiça enquanto possibilidade de gestão dos conflitos, seja essa realizada pela decisão do Poder Judiciário ou por outro sistema equivalente. Na obra, os autores elencaram alguns dos impasses de implementar o acesso à justiça, dentre eles: i. Custas judiciais; ii. Possibilidades das partes (custos financeiros, aptidão para reconhecer um direito material e propor uma ação etc.); e iii. Demandas especiais por interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.15-29), características essas mais comuns em processos que tratam de direitos individuais e de causas consideradas “pequenas” pela praxe judiciária.

A partir da obra de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça passou a ser compreendido como gestão de um conflito por mais de uma modalidade, superando a exclusividade de solução dos pleitos pelo Poder Judiciário, o que começou a ser realizado por meio procedimentos e características peculiares em cada método, possibilitando às pessoas escolherem a maneira que consideram mais adequada para solucionar um conflito, movimento esse conhecido como sistema multiportas (SANDER, 1979). O acesso às diversas conformações da gestão de conflitos é comumente denominada de sistema multiportas, pelo fato de possibilitar às partes, além da jurisdição estatal, definirem o provimento⁴ que pretendem como resultado de determinado conflito, além de decidirem o meio de fazê-lo, cabendo aos advogados oferecerem e discutirem a solução mais adequada (GUERRERO, 2015, p.12), do mesmo modo que se tornam deveres de todos os agentes do sistema jurídico a identificação e a adequação das lides. É importante salientar que os métodos equivalentes à jurisdição estatal de gestão de conflitos mudaram o paradigma da finalidade do processo, não só no Brasil, pois, como abordado por Judith Resnik (2006, p.551-552), ao analisar o ordenamento jurídico da *common law*, os meios autocompositivos⁵, alteraram os

4 De acordo com Elio Fazzalari (2006, p.119-120), provimento é o ato final de um processo (sequência de atos procedimentais qualificado pelo contraditório).

5 O texto da autora utiliza a expressão Alternative Dispute Resolution (ADR), que, em tradução livre, pode ser entendida como “Resolução Alternativa de Disputa”, no entanto, o termo alternativo sugere que a tutela jurisdicional seria o meio principal para gerir conflitos, mas, como leciona Mancuso (2011), é preferível utilizar o termo equivalente, pois os métodos distintos da jurisdição estatal possuem a mesma importância e peso da tutela jurisdicional do Estado para garantir e efetivar o acesso à justiça.

processos judiciais e a doutrina que estuda o direito processual.

O sistema multiportas de gestão de conflitos é comumente dividido em meios heterocompositivos e autocompositivos. Neste grupo estão os métodos de conciliação, negociação e mediação, enquanto aquele é composto pela arbitragem e o litígio judicial.⁶ Com efeito, a adesão a um dos meios equivalentes à jurisdição estatal só pode ocorrer quando o conflito versar sobre direitos disponíveis ou que admitam transação, pois caso contrário, o conflito deve ser direcionado à via judicial.

Nessa perspectiva, Mancuso (2009, p.344) entende que os métodos equivalentes da gestão de conflitos surgiram para fortalecer a ideia de acesso à justiça, além de propiciar e estimar a verdadeira cidadania, pois consistem na prevenção ou solução do conflito em um meio externo à estrutura judiciária estatal, valorizando-a, na medida em que essa se torna uma cláusula de reserva na análise de conflitos (MANCUSO, 2009, p.63).

Desse modo, ao legitimar e fomentar outros meios equivalentes à jurisdição estatal, o monopólio da gestão dos conflitos se desfaz, e o acesso à justiça ganha diversas “portas”⁷ para se efetivar, cabendo às partes buscarem o meio mais adequado, seja judicial ou extrajudicialmente, para tratar do litígio instaurado. Em análise pormenorizada realizada por Mancuso, esse movimento representa, por conseguinte:

[...] uma releitura do acesso à Justiça, atualizada e contextualizada, sob um registro residual e subsidiário, projetando, quando menos, duas externalidades positivas: (i) estímulo à vera cidadania, que consiste na busca, num primeiro momento, pela prevenção ou resolução do conflito através de algum meio auto ou heterocompositivos, fora e além da estrutura judiciária estatal; (ii) valorização da resposta jurisdicional, que fica assim reservada às pendências que se revelaram refratárias à resolução por outras maneiras ou que, por conta de singularidades de matéria ou pessoa, exijam necessárias passagem judiciária. (MANCUSO, 2011, p.344).

Compondo os meios autocompositivos, destacam-se como métodos equivalentes: a i. Negociação; ii. Conciliação; e, iii. Mediação. Pode-se afirmar que a negociação é um método de solução de controvérsias, também visto como um processo de comunicação, o qual “[...] tem por escopo atingir uma decisão conjunta entre as partes envolvidas em um determinado conflito. Trata-se de um método voluntário e consensual no qual as partes controlam a conformação e o desenvolvimento do modo pelo qual obterão o acordo.” (GUERRERO, 2015, p.27). Expresso em outros termos, a negociação é uma maneira de resolver um litígio de iniciativa, unicamente, das partes e sem a participação de um terceiro, portanto, a confidencialidade não é um elemento que, necessariamente, se faz presente neste método autocompositivo.

A mediação e a conciliação diferem-se da negociação, especialmente pela atuação de um terceiro imparcial que irá sugerir ou conduzir as sessões. No entanto, apesar de assemelharem-se em alguns aspectos de sua utilização, faz-se importante analisar suas principais diferenças, em especial a espécie de conflito que deve ser direcionado à conciliação ou à mediação, para que se possa compreender o papel da confidencialidade em seu procedimento.

6 Para esta pesquisa acadêmica, não se faz necessário analisar a arbitragem e a via judicial, portanto, os métodos heterocompositivos não serão abordados nos tópicos seguintes.

7 Respalda a ideia do sistema multiportas de solução de conflitos.

3 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

A mediação e a conciliação podem possuir, em uma análise superficial, muitas similitudes procedimentais, porém, devem ser verificadas de modo aprofundado para que estes métodos passem a ser considerados tão importantes quanto a via judicial para a solução de um conflito. Com efeito, tais institutos eram vistos como mera etapa do processo judicial, no entanto, com a terceira onda renovatória do processo civil, a qual ampliou a atuação do acesso à justiça, os meios autocompositivos foram estruturados e passaram a ser aplicados com técnicas peculiares a cada método.

Antes de verificar as principais diferenças entre a conciliação e a mediação, torna-se necessário indicar as suas principais semelhanças, as quais são apontadas por Fernanda Tartuce (2016, p.179), dentre elas: I. Participação de um terceiro imparcial; II. Promoção da comunicação em base produtiva; III. Não imposição de resultados; IV. Busca de saídas satisfatórias para o conflito; e, V. Exercício da autonomia privada na criação de saídas para os impasses.

Cumprido constatar que a conciliação é um procedimento de interferência (SILVA, 2013, p.251), no qual o terceiro imparcial vai sugerir o acordo mais adequado para a solução do conflito posto pelas partes, o que deverá ocorrer por meio de um procedimento breve, visando ao apaziguamento do litígio.

Outrossim, os conflitantes poderão ser guiados pelo conciliador a um acordo teoricamente benéfico, no qual as partes poderão solucionar o conflito rapidamente, sem depender da intervenção estatal⁸ para conceber o provimento. É importante notar que o conflito adequado às sessões de conciliação é aquele considerado simples e que não surgiu de uma relação duradoura entre as partes, ou seja, a contenda dirimida na conciliação, em regra, é referente a uma situação jurídica momentânea decorrente de um ato.

Já a mediação é um método significativamente mais complexo, utilizado em conflitos multidimensionais, nos quais o terceiro imparcial facilitará o diálogo entre as partes em desavença, pois possuem determinada relação jurídica duradoura. Expresso diferentemente, a mediação

Pode ser definida, em síntese, como um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, a resgatarem o diálogo e a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação. (REZENDE DE ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p.88).

Entende-se que o correto amoldamento de um litígio a um dos métodos autocompositivos traz benefícios para as partes, bem como favorece a revitalização da ideia de acesso à justiça. Para Lilia Maia de Moraes Sales (2004, p.38), a principal diferença entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto, uma vez que na conciliação o objetivo é chegar a um acordo, enquanto, na mediação, as partes não devem ser vistas como adversárias, e o acordo é somente uma consequência da

⁸ É importante mencionar que a conciliação pode ser utilizada tanto extrajudicial como judicialmente no trâmite da ação judicial.

comunicação dos envolvidos.

Desse modo, ao verificar as diferenças de cada método autocompositivo, em especial a conciliação e a mediação, que ocorrem comumente durante o processo judicial, faz-se imperiosa uma adequação no tratamento dos conflitos, direcionando-os para sessões pertinentes e apropriadas, sob pena de combalir os métodos autocompositivos e não solucionar a contenda da maneira mais pertinente.

4 A CONFIDENCIALIDADE E OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: A DICOTOMIA ENTRE A PUBLICIDADE PROCESSUAL E O SIGILO DAS SESSÕES

A confidencialidade é um dos princípios norteadores da mediação, sendo aquela aplicada de modo bem aceito, tanto pela doutrina (PINHO, 2011) quanto pela legislação específica, uma vez que está prevista expressamente no inciso VII do artigo 2º da Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015), bem como nos parâmetros internacionais sobre a mediação (PARLAMENTO EUROPEU, 2017). O princípio da confidencialidade é aplicado, teoricamente, às pessoas que participarem, de qualquer modo, das sessões autocompositivas, seja no âmbito judicial ou não, estendendo-se, inclusive, a todos os fatos e atos que nela ocorrem, pois essa é a expressa previsão da lei de mediação e do Código de Processo Civil de 2015, podendo a confidencialidade ser mitigada por vontade de ambas as partes.

Também conhecida como princípio do sigilo, a confidencialidade é um elemento essencial para garantir maiores chances de sucesso para as sessões de mediação, visto que, ao garantir a privacidade de todos os dados da sessão, inclusive impossibilitando que as informações sejam utilizadas em um processo judicial, as partes ficarão mais à vontade para manter diálogo aberto.

Assim, a confidencialidade é o instrumento apto para promover um elevado grau de compartilhamento de informações que, certamente, as pessoas não exteriorizariam em um processo judicial expresso na publicidade (TARTUCE, 2016, p.212). Para ser realizada uma análise da confidencialidade das sessões de mediação ou conciliação, faz-se necessário verificar o papel e a abrangência da publicidade dos atos processuais, tendo em vista que esse é um princípio processual previsto na Constituição Federal de 1988 e que, em regra, deve ser aplicado aos processos judiciais e extrajudiciais.

4.1 A publicidade processual e o sigilo das sessões autocompositivas

A Lei nº 13.140/2015 trouxe as diretrizes das sessões de mediação, apontando os seus mais importantes princípios como sendo os da: I. Imparcialidade do mediador; II. Isonomia entre as partes; III. Oralidade; IV. Autonomia da vontade; V. Informalidade; Busca do consenso; e, VI. Confidencialidade. Após, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou o rol destes princípios, prevendo a “[...] independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL, 2015) como princípios das sessões autocompositivas de mediação e conciliação.

Com efeito, os princípios elencados pela Lei de Mediação são plenamente aplicáveis nas sessões de conciliação, que devem ser realizadas com esses mesmos parâmetros basilares, para que os métodos autocompositivos se fortaleçam e consolidem os meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos no campo do acesso à justiça (MANCUSO, 2011).

Nota-se, contudo, que, quando parte da doutrina trata da confidencialidade, especificamente nas sessões de conciliação, há certa omissão ou divergência sobre sua aplicabilidade, notadamente em virtude do princípio da publicidade processual previsto na

Constituição Federal.

Com efeito, a aplicabilidade do sigilo às sessões de conciliação é fato controverso na doutrina especializada.

Na qualidade de ato processual, a conciliação é informada pelo princípio da publicidade, que constitui, segundo as lições de Leonardo Greco, uma das garantias fundamentais de um processo justo, albergada na Constituição Federal e normatizada no Código de Processo Civil.

A mediação, por sua vez se desenvolve sob o princípio da confidencialidade, sendo certo que a garantia do sigilo é decisiva na promoção de franca discussão entre os envolvidos. (REZENDE DE ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p.95).

De efeito, há pesquisas acadêmicas que entendem ser a conciliação assentada pela publicidade, enquanto a mediação já foi gerada sob a ideia da confidencialidade, nas palavras de Tânia Almeida,

A publicidade do processo judicial estende-se à Conciliação, seu instrumento parceiro na composição de lides e de desentendimentos. Já a Mediação nasceu regida pelo princípio da confidencialidade – por meio do qual ficam vetadas a divulgação e a utilização das explanações e informações trazidas à Mediação em qualquer outro fórum. (ALMEIDA, 2008, não paginado).

Não se concorda com tais afirmações, basicamente, por dois motivos: primeiro, os meios autocompositivos de gestão da conflitos não podem ser vistos como simples atos processuais, mas um verdadeiro método dentro do processo, composto por particularidades e estruturas distintas em relação ao procedimento judicial. Inclusive, os métodos são dotados de princípios específicos e regulados em lei; segundo, e talvez este seja o maior equívoco das pesquisas acadêmicas em torno do tema, há de se perceber que “[...] a questão da confidencialidade nos métodos de solução de controvérsias parte da dicotomia existente entre o sigilo convencional por vezes estabelecido pelas partes e o princípio da publicidade dos atos processuais.” (GUERRERO, 2015, p.148).

De fato, o princípio da confidencialidade não exclui o da publicidade processual, pelo fato de que ambos possuem áreas distintas de aplicação, devendo a confidencialidade se sobrepor, tão-somente, à sessão autocompositiva realizada durante o processo judicial, enquanto a publicidade diz respeito ao processo como um todo.

Por exemplo, em uma ação que envolva interesse público ou social, o processo é, em regra, sigiloso, conforme prevê o inciso I do artigo 189 da Constituição Federal de 1988. Em tal circunstância, pois, só terão acesso a todos os atos processuais as partes envolvidas no litígio, incluindo o juízo no qual tramita o feito. Ocorre que, caso haja uma sessão de conciliação nos autos deste processo sigiloso, esta deverá ser confidencial, ou seja, nenhum dos envolvidos poderá utilizar os dados tratados na conciliação fora daquela sessão, devendo, na ata da audiência, constar apenas a participação dos envolvidos e se as tratativas restaram exitosas.

Nesse caso, portanto, os assuntos abordados durante a conciliação não podem ser utilizados no decurso processual, mesmo este sendo processado sobre a égide do segredo de justiça e com limitado acesso ao seu conteúdo. Note-se que o sigilo do processo e a confidencialidade dos meios autocompositivos são devidamente respeitados e aplicados na referida hipótese.

Por outro lado, imagine-se um processo que não é albergado pela mitigação do

princípio constitucional de publicidade processual, como uma ação de reparação civil, por exemplo. A confidencialidade da conciliação que ocorrerá neste processo deverá ser aplicada de semelhante maneira, impossibilitando que as tratativas realizadas durante a sessão sejam utilizadas para influenciar a decisão do juiz ou, até mesmo, transpor aquele processo judicial. É fácil notar que, no segundo exemplo, o processo judicial é de caráter público, ou seja, qualquer interessado poderá ter livre acesso aos autos, no entanto, o que será tratado na sessão autocompositiva permanecerá confidencial e, mesmo assim, não haverá lesão à publicidade processual.

Dessa maneira, resta evidente perceber que a publicidade processual não se confunde, tampouco é afetada pelo sigilo inerente às sessões dos métodos autocompositivos, com os quais “[...] busca-se incentivar os métodos de solução de controvérsias como forma de solução de conflitos efetiva, evitando que as partes fiquem inibidas de utilizá-los em toda a sua potencialidade.” (GUERRERO, 2015, p.151).

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 2015, foi vanguardista ao impor a confidencialidade às sessões de mediação e de conciliação, visto que o artigo 166 prevê que:

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.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015) (grifou-se).

Como se vê, a confidencialidade deve ser adotada para as sessões de conciliação e de mediação, salvo convenção distinta realizada entre as partes. Apesar da expressa previsão legal, muitas pesquisas acadêmicas são concluídas em sentido contrário (ALMEIDA, 2008), em desconformidade relativamente ao texto legal ou desconsiderando as consequências práticas da não utilização do sigilo.

4.2 Consequências práticas da confidencialidade nas sessões autocompositivas

O Código de Processo Civil estipulou regras mais rigorosas do que aquelas da Diretiva de Mediação do Parlamento Europeu (2017), prevendo que a confidencialidade da sessão se estenda a todas as informações produzidas, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto, qual seja, a solução do conflito de maneira equivalente à jurisdição estatal.

Referida confidencialidade deve ser estendida, inclusive, ao conciliador ou ao mediador e a toda a equipe, que, de algum modo, participar da sessão. Estarão todos, inclusive, proibidos de propagar divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos daquela conciliação ou mediação.

Ocorre que, na prática forense, é comum o conciliador fazer constar no termo de audiência todo o arrazoado da sessão, elencando propostas e, por vezes, afirmações das partes e

de seus causídicos, procedimento este que poderá influenciar o magistrado em uma eventual decisão ou sentença que possa ser proferida futuramente no processo. Com efeito, as consequências práticas da não utilização da confidencialidade podem enfraquecer o instituto, tornando-o, de fato, um mero ato processual que precisa ser superado para chegar à decisão do juiz. Não se pode perder de vista a noção de que:

A adesão das partes em consonância com a confidencialidade do método favorece o compartilhamento de informações entre as partes, além daquelas comuns ou manifestadas, relacionadas às questões subjacentes envolvidas no conflito e, com isso, estimula uma significativa definição da controvérsia. Também permite que cada parte se beneficie do conhecimento da parte adversa e, assim, possam encarar os entraves com maiores recursos cognitivos. Ademais, a comunicação aberta favorece imensamente a resolução de conflitos contingentes, deslocados, mal atribuídos ou falsos, que comumente decorrem de interpretações ou percepções equivocadas. (SILVA, 2013, p. 266).

É certo que “[...] a mediação é tratada pelo CPC ao lado, e nas mesmas disposições, relativas à conciliação”. Desse modo, ambas as sessões de autocomposição devem ocorrer de modo confidencial, sob pena da publicidade ir de encontro à expressa previsão legal. Além disso, uma audiência em que tudo que for tratado possa ser posto em ata ou gravado pela parte contrária⁹, certamente, não propiciará um ambiente favorável à livre comunicação e ao acordo consensual, pois situará as partes em situação adversarial, o que não é adequado para um método autocompositivo.

A sessão autocompositiva, seja de conciliação ou mediação, que ocorre de modo confidencial e sem a publicidade do assunto tratado, possibilita às partes a realização de uma comunicação aberta, visando à solução da controvérsia do modo mais efetivo possível. Ao possibilitar a existência de um ambiente apto ao diálogo sincero¹⁰, a confidencialidade passa a ser um elemento essencial para a efetividade dos métodos equivalentes da gestão de controvérsias, pois, se determinado assunto tratado durante a sessão puder ser utilizado para alterar o convencimento do magistrado, as partes não utilizarão uma comunicação genuína e, sim, aquela que apresente o condão de influenciar o julgador.

Em uma análise da confidencialidade em sessões de conciliação no ordenamento jurídico australiano, Elizabeth Evatt destaca a necessidade dos métodos autocompositivos¹¹ serem confidenciais para manter aberto o diálogo entre as partes:

There are differences in regard to the protection of confidentiality, the degree of compulsion and the extent to which legal representation is permitted. There are also differences in the underlying goals and in the role which the conciliator plays in pursuing those goals. He/she may take the role of a neutral umpire to discussions, working at keeping open the lines of communication between the parties in the hope that they will arrive at an agreement. Alter-

9 Conforme previsto no artigo 367, §6º do CPC/2015, a audiência poderá ser integralmente gravada em áudio ou vídeo pelas partes independente de autorização judicial.

10 É certo que, na prática, durante o processo litigioso, as partes agem de tal modo a induzirem o juiz a decidir de determinado modo, omitindo ou valorando determinada argumentação. Acredita-se que a sessão confidencial torna o diálogo mais aberto e independente da decisão de um terceiro.

11 A autora não diferencia conciliação e mediação, mantendo-se em afirmar que o conciliador pode ter um papel não-intervencionista ou intervencionista, sendo essa a característica da conciliação, enquanto aquela é uma qualidade da mediação.

natively the conciliator may play a more active interventionist role, working towards broader policy goals which go beyond the immediate parties and issues. (EVATT, 1986, p. 2)¹²

Observe-se que o objetivo da conciliação não é aplicar a lei ao caso, mas compor os interesses, albergando as reais intenções das partes (CUNHA; AZEVEDO NETO, 2014, p.286) com a finalidade de alcançar um acordo sem a intervenção da jurisdição estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos surgiram, de um modo geral, como um meio de desafogar o Poder Judiciário na resolução de demandas diversas, bem como para fortalecer o princípio constitucional do acesso à justiça, que, até pouco tempo, era interpretado como o acesso das pessoas à máquina estatal para resolver litígios. Dentre esses meios, os métodos autocompositivos ganharam destaque e estruturação após a elaboração da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil de 2015, que definiram princípios e regras aplicáveis aos métodos.

Com a finalidade de consolidar os meios autocompositivos, em especial a conciliação e a mediação, a doutrina especializada preocupou-se em analisar estes institutos, delimitando o seu campo de atuação e as suas principais diferenças, prevalecendo a ideia de que a mediação é o método adequado para tratar conflitos complexos e multidimensionais, e que seu intuito é o de promover a comunicação entre as partes; enquanto a conciliação é o meio apropriado para resolver conflitos mais simples, objetivando a formalização do acordo entre as partes.

Dentre os princípios basilares da conciliação e da mediação está a confidencialidade, que deve ser aplicada às partes presentes na sessão, bem como ao conciliador ou mediador e a toda a equipe envolvida naquela etapa do processo, devendo aquilo que for tratado na sessão ser considerado sigiloso, não devendo ser utilizado além da sessão.

Constatou-se que parte da doutrina insiste em afirmar que a conciliação não é albergada pela confidencialidade, já que haveria lesão ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais. Em sentido contrário, é possível afirmar que a publicidade processual, quando não aplicada às exceções pelo sigilo processual, diz respeito somente à ocorrência da conciliação, mas não de seu conteúdo; do contrário, a sessão conciliatória poderá ser utilizada como fundamento argumentativo pelas partes para convencer o juiz na elaboração do provimento.

Ao analisar de modo mais aprofundado o tema, verifica-se que o princípio da confidencialidade não exclui o da publicidade processual, na medida em que ambos possuem áreas distintas de aplicação, sobrepondo-se a confidencialidade à publicidade apenas no âmbito da sessão autocompositiva realizada durante o processo judicial, enquanto esta (a publicidade) prepondera nos demais atos do processo. Por isso, a conciliação e a mediação devem ocorrer sob confidencialidade para produzir um ambiente apto a gerar uma comunicação sincera entre as partes, a qual não influencie o livre convencimento motivado do juiz. A publicidade processual, inclusive, reside na informação sobre a realização ou não da autocomposição

¹² Tradução do autor: "Existem diferenças em relação à proteção da confidencialidade, o grau de compulsão e até que ponto a representação legal é permitida. Existem também diferenças nos objetivos subjacentes e no papel que o conciliador desempenha na busca desses objetivos. Ele/ela pode levar o papel de um árbitro neutro para as discussões, trabalhando para manter abertas as linhas de comunicação entre as partes na esperança de que elas cheguem em um acordo. Alternativamente, o conciliador pode desempenhar um papel intervencionista mais ativo, trabalhando para metas políticas mais amplas que vão além das partes e questões imediatas."

(ou sua tentativa), ou mesmo sobre os termos do acordo, se realizado, quando não houver sigilo, mas não alcançará o conteúdo das sessões autocompositivas.

Entende-se que a sessão de conciliação deve ser, em todas as hipóteses, sigilosa, pois, assim, esse método autocompositivo poderá ser utilizado sem influenciar quaisquer dinâmicas processuais exteriores às sessões. Além disso, o princípio constitucional da publicidade processual deve ser analisado em cotejo com o modelo constitucional de processo, devendo aquele ser desenvolvido com suporte num conjunto de princípios desse, dentre os quais a publicidade deve ser utilizada somente no que tange à existência de uma tentativa conciliatória ou mediadora, mas jamais sobre o seu conteúdo, sob pena de inefetividades dos métodos autocompositivos e, além disso, frustração de outros princípios processuais, como a celeridade, imparcialidade do julgador e acesso à justiça.

Por fim, acredita-se que a inaplicabilidade do sigilo às sessões de conciliação enfraquecerá o instituto, tornando-o somente uma fase a ser superada durante o trâmite processual, desestimulando as partes a exporem as suas necessidades e anseios, de modo claro e verdadeiro, com o justificável receio da utilização do que foi tratado durante a sessão para influenciar um eventual julgamento do processo ou, até mesmo, em ultrapasse ao processo judicial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. *Mediação e Conciliação: duas práticas distintas, dois paradigmas diversos*. [s.l.], outubro de 2008, sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/mediacao-e-conciliacao-dois-paradigmas-distintos-duas-praticas-diversas/>>. Acesso em: 17 dez. 2018

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm> Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. *Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação)*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 02 dez. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A Mediação e a Conciliação no Projeto do novo CPC: Meios Integrados de Resolução de Disputas. *Revista de Direito*. Santa Cruz do Sul, n.5, out. 2014.

EVATT, Elizabeth. Conciliation in Australian law. *Sydney L. Rev.*, v.11, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coordenação Carlos Alberto Carmona.)

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.98-107.

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

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, sobre certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (Diretiva «Mediação») (2016/2066(INI))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0321&format=XML&language=PT>> Acesso em: 02 dez. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; ALVES, Tatiana Machado. *Novos desafios da mediação judicial no Brasil – a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa*. Revista dos Tribunais, 2011.

RESNIK, Judith. Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-Based Processes Are at Risk. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 81, 2006.

REZENDE DE ALMEIDA, Diogo A.; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Recebido em: 30/06/2018

Aprovado em: 30/01/2019

Como citar este artigo (ABNT):

GUTIÉRREZ, Daniel Mota; NÓBREGA, Adriano César Oliveira. A confidencialidade nas sessões de conciliação: o aparente conflito entre publicidade e sigilo processual. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.13-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/05/DIR37-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.