

CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Ivone Hiromi Takahashi Saraiva¹

RESUMO

Objetiva-se analisar a importância do Princípio da Confidencialidade na Mediação de Conflitos, olhando também sob o ângulo da abrangência do Princípio no processo, bem como, dos prejuízos e sanções advindos da não observação deste Princípio.

ABSTRACT

It is intended to analyze the importance of the Principle of Confidentiality in Conflict Mediation, looking also at the scope of the Principle in the process, as well as the damages and sanctions arising from non-observance of this Principle.

¹ Economista, pós-graduada em Planejamento Global no Instituto Latino Americano de Planificação Econômica e Social ILPES/CEPAL, Santiago do Chile, com MBA Executivo e MBA de Marketing no COPPEAD/UFRJ e formação em: Mediação Extrajudicial e Judicial e Arbitragem nos IMAB-Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, TASP-Tribunal Arbitral de São Paulo, ALGI Mediação e na Câmara de Comercio França-Brasil, em Governança Corporativa na Fundação Dom Cabral e em Coaching Executivo, Life Coaching e Team Coaching no ICI-Integrated Coaching Institute e no IMR-Coaching & Development, em parceria com o Erickson College International, ambos reconhecidos pelo ICF-International Coaching Federation.

Sócio Diretor das empresas Liver Consultoria e Participações, Consultora da CVM-Comissão de Valores Mobiliários, Mediadora do Corpo Permanente da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas- FGV, Mediadora e Árbitra da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia – CMA-IE, Mediadora do IMAB-Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, Mediadora AD Hoc e Sócio Diretor da Liber Coaching Associados, onde atua como Coach profissional, executivo, lifecoaching e team coaching.

Exerce a função de mediadora civil e de família no Fórum Regional de Santana e no Fórum Regional da Vergueiro, ambos no Estado de São Paulo, em atividade pró-bono.

SUMARIO:

1- Introdução; 2- Princípios da Mediação; 3- Princípio da Confidencialidade: Sobre a importância do princípio, Abrangência: a quem atinge o princípio? Confidencialidade vs. Vontade das partes; 4- Sanções; 5- Síntese e Conclusões.

1-INTRODUÇÃO

A mediação, como um processo alternativo de solução de conflitos, vem ganhando espaço em todos os Países, inclusive no Brasil², em todas as áreas de possível conflito (como exemplo: família, civil, empresas, escolas, meio ambiente, infraestrutura etc.) e que ocorrem entre entes privados-privados, privados-públicos e públicos-públicos). Essa utilização cada mais frequente da mediação se explica, de um lado, porque a mediação tem o papel relevante de desafogar os processos que correm no Judiciário e de outro lado, porque e talvez, principalmente, traz a oportunidade de uma resolução de conflito não adversarial o que enseja uma continuidade das relações com benefícios econômicos e sociais, com rápida resolução no tempo, de maior comprometimento com os acordos feitos e da real oportunidade de inclusão de todas as camadas sociais à resolução de seus conflitos uma vez que a Lei garante que “aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação”.

No Brasil, em 26.06.2015, foi promulgada a Lei de Mediação de número 13.140 que dispõe sobre a Mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a auto composição no âmbito da administração pública. No que concerne ao enfrentamento dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, já estava em vigor a Resolução CNJ, 125, de 29.11.10 dispondo sobre esses conflitos.

O foco da nossa análise está centrado nas Leis e Regulamentos brasileiros e não nas de outros Países, porém na análise, embora mais superficial, que fizemos na legislação de outros países como Argentina e Portugal, estamos convencidos que a questão da Confidencialidade na Mediação é tão preponderante nesses países, quanto no Brasil.

² BRAGA NETO, Adolfo. Mediação: uma experiência brasileira. Editora CL-A Cultural Ltda., 2017. 110-111

O Mediador de conflitos, judicial ou não, sendo um profissional escolhido pelas Partes para apoiá-las na superação do conflito, é um profissional preparado e qualificado³ que se utiliza de diversas técnicas e ferramentas da mediação para tal objetivo e deve seguir estritamente os princípios da mediação presentes na Resolução CNJ 125 de 29.11.10, na Lei 13.140 de 20.06.15, nos Códigos de Ética do CONIMA⁴ e da FONAME⁵ e presentes em todas as regulamentações das diversas câmaras de mediação e arbitragem.

2- PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

A Lei de Mediação e a Resolução 125 definem como os princípios básicos da mediação: imparcialidade do mediador, isonomia das partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Dentre todos esses princípios nosso entendimento é que o Princípio da Confidencialidade tem um papel destacado pela sua importância no sucesso do processo de Mediação e, assim, iremos aprofundar a nossa análise nesse Princípio e, onde couber, em mais dois princípios, o da Autonomia das Partes e da Oralidade, que, ao nosso ver, mostram alguns pontos de possíveis superposições/interseções ao Princípio da Confidencialidade, atuando ora a favor ou, eventualmente, prejudicando a eficácia deste Princípio.

3- PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE:

a) Sobre a importância do Princípio:

Previsto na Lei 13.150/15 o mediador deverá, logo no início da primeira reunião, ou sempre que julgar necessário, alertar as partes das regras de confidencialidade, tamanha é a sua importância reconhecida pelos legisladores. Sem dúvida, a existência desse

³ Ibidem. p. 106-107 e ALMEIDA, Tania: Mediação de Conflitos, Editora JusPODIVIN, 259-260

⁴ CONIMA- Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, entidade que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando a excelência de sua atuação.

⁵ FONAME: Fórum Nacional de Mediação, entidade destituída de personalidade jurídica, foi criada em 2007 com o propósito de promover a troca de ideias e recursos voltados à promoção da mediação e a difusão da cultura da paz.

Princípio aumenta a confiança no processo permitindo que informações confidenciais ou estratégicas sejam reveladas facilitando assim o conhecimento do real interesse⁶ (“do porquê do que se deseja na mediação”) das Partes no conflito e conseqüentemente a superação do conflito e a realização de um possível acordo.

Igualmente, o conhecimento dos reais interesses permite a formulação criativa de alternativas múltiplas e satisfatórias⁷ que “aumentam o bolo de resultados” contribuindo para que o conflito não tenha apenas o dilema ganha vs. perde. De fato, com múltiplas alternativas, todos podem ganhar com soluções inicialmente não percebidas no conflito podendo atender à toda gama dos reais interesses existentes.

Como consequência, as múltiplas soluções criadas, permitidas pelo ambiente da confidencialidade, empoderam as Partes e as fazem muito mais comprometidas com o resultado.

Reforçando o impacto da confidencialidade na mediação, este Princípio entendido de modo abrangente, mitiga o temor de que as informações reveladas possam ser usadas contra a Parte reveladora, particularmente na hipótese de as negociações falharem e o conflito migrar para a esfera judicial.

Há a previsão na legislação de que o mediador (Lei 13.140/15, artigos 6 e 7) “fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes” e “o mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito que tenha atuado como mediador”. Esta previsão legal, sem dúvida, torna explícita que a confidencialidade extrapola o momento da mediação potencializando as garantias de confidencialidade e realmente contribuindo que as Partes tenham total confiança para revelar os seus reais interesses.

Por outro lado, protege os seus participantes no caso de ausência de acordo, impedindo que possam ser utilizadas em seu desfavor em eventual processo judicial.

Reforçando este ponto, é importante destacar que o Princípio da Oralidade presente na mediação, observa que não deve haver notas e registros dos fatos na mediação

⁶ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões. Imago, 2005. 58-59-60

⁷ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões. Imago, 2005.p. 75-98

reforçando a confidencialidade. Isto assegura que as possíveis anotações dos mediadores sejam eventualmente usadas no julgamento do conflito, se ele for judicializado.

Outro ponto importante é a certeza da confidencialidade nas sessões privadas conhecidas como “caucos”⁸ (Lei 13.140/15, artigo 31). A legislação garante total privacidade daquilo que é conversado nas reuniões privadas e o mediador somente poderá revelar para a outra Parte com o consentimento da Parte reveladora. Porém, mesmo que as Partes não autorizem a revelação, o fato das Partes terem expostos, ao mediador, os seus reais pontos de divergência/acusações, certamente confiantes no princípio da confidencialidade, já contribui para que o mediador possa ajudar na busca de alternativas criativas, facilitando a superação do conflito.

Há, entretanto, um ponto na mediação com entes públicos que remete para o Princípio da Publicidade da Administração Pública, em especial a partir da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011). Nesse caso, torna-se um pouco mais complexa a aplicação plena do Princípio da Confidencialidade, particularmente quando se trata de uma mediação entre um ente público e privado. Nesses casos, a prática tem mostrado que prevalece o Princípio da Publicidade e Transparência exigida ao setor público, na maioria dos casos de mediação entre esses entes.

b) Abrangência: a quem atinge o princípio?

Falaremos a seguir da abrangência do Princípio da Confidencialidade. Quem e o que estão sujeitos a esse Princípio? De acordo com a Lei de Mediação, no caput do artigo 30, está previsto que “toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as Partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando a sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação” e o respectivo parágrafo 1 diz ainda que “o dever da confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados,

⁸ ALMEIDA, Tânia. Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos. Dash Mediação, 2016.221-223

assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança, que tenham direta e indiretamente, participado do procedimento da mediação”.

Igualmente, os Códigos de ética do mediador adotados pelo CONIMA e FONAME interpretam de forma abrangente o princípio da confidencialidade e o Código de Ética das Câmaras de Mediação editado pelo CONIMA confirmam a abrangência do princípio de confidencialidade estendendo-as para todas as Instituições de Mediação e que são refletidas nos Regulamentos de Mediação de todas as câmaras privadas de mediação e arbitragem.

Importante ressaltar que a Lei 13.140/15 prevê exceções no artigo 30, parágrafos 3 e 4:

- a) Não está abrangida pela regra da confidencialidade a informação relativa a ocorrência de crime de ação penal;
- b) A regra de confidencialidade não afasta o dever de as pessoas abrangidas pela confidencialidade prestarem informações à administração tributária após o término da mediação, obrigando-se os seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do artigo 198 da Lei 5.172 de 25.10.66-Código Tributário Nacional.

Por outro lado, a Lei 12.527/2011 de Acesso às Informações prevê também que se preserva o sigilo das informações no caso das mesmas violarem o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, que traga risco à soberania nacional e que envolvam, segredos industriais.

c) Confidencialidade vs. Vontade das Partes:

Importante ressaltar que tanto a Lei 13.140/15 como o CONIMA, FONAME e as Câmaras de Mediação e Arbitragem, quando falam nas exceções à confidencialidade, conforme acima citada, dizem também que o princípio pode ser excepcionalizado “se as partes expressamente decidirem de forma inversa”.

O Princípio da Autonomia da Vontade, conforme explicitada na Lei, é considerado como: o poder que as pessoas têm de optar por participar do processo ao conhecer essa

possibilidade, podendo interrompê-lo a qualquer tempo e gerindo seu próprio conflito, bem como, tomar as suas próprias decisões durante ou ao final do conflito⁹.

Assim, esse Princípio da Autonomia da Vontade das Partes indica que, se as Partes assim o quiserem, podem não atender ao Princípio da Confidencialidade (Lei 13.140/15, artigo 30 da Lei, caput) eventualmente prejudicando o processo de mediação.

A reflexão sobre essa possível dicotomia, entretanto, nos leva a concordar com o legislador que, de fato, as Partes têm garantido, no Princípio da Vontade das Partes, essa prerrogativa de “suspender” o Princípio da Confidencialidade e de prosseguir com a mediação arcando com as possíveis consequências dessa suspensão da Confidencialidade.

Apenas caberia aqui uma ressalva que nos casos de mediação entre um ente privado e outro público, este, que por lei, deve publicizar seus atos e fatos, acabe usando do Princípio da Vontade das Partes para induzir, pelo seu poder político e econômico, que o ente privado concorde com a não utilização do princípio da confidencialidade conforme prevista na Lei de Mediação, podendo submeter o ente privado à situações de fragilidade durante o processo de mediação e posteriormente no processo na esfera judicial, se assim o conflito progredir.

Talvez o desejável fosse que, nesses casos de mediação, o ente público pudesse ser excepcionalizado da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

4- SANÇÕES PELO DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE

Sobre as possíveis sanções a que estão sujeitos os mediadores, ressalta-se que, o Artigo 5 da Lei 13.140/15 fala que “se aplicam ao mediador as mesmas hipóteses legais do impedimento e suspeição do Juiz” antecipando que o mediador está sujeito à uma ação penal na hipótese de trair o Princípio da Confidencialidade.

Diferente de outras profissões reguladas que tem uma associação de classe que os fiscalizam como é o caso dos advogados (OAB-Lei 8.906/94), médicos (Código de Ética Médica-Resolução CFM 1.246/68), psicólogos (Código de Ética Profissional do

⁹ ALMEIDA, Tânia. Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos. Dash Mediação, 2016.221-223

Psicólogo-Resolução CFP 010/2005), o mediador não tem a profissão regulada e não tem a própria associação de classe que os fiscaliza e lhes impões, por exemplo, um desligamento da Associação levando-os à impossibilidade de continuar a exercer a profissão. Entretanto, reconhecemos que a legislação já citada permite, a nosso ver, aplicar sanções adequadas quando necessário. Paralelamente, nas mediações institucionais, principalmente, as Partes e o mediador assinam um Acordo de Confidencialidade que irá regular esse Princípio se tornando o instrumento contratual de punibilidade dos entes envolvidos na mediação, na hipótese de inconfidencialidade.

Do outro lado, a Resolução 125 também, em seu artigo 12, parágrafo 4, reza que: " os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as Partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça".

Além dessas sanções, resta a própria sanção do mercado que pode divulgar e reverberar o comportamento de inconfidencialidade do mediador tendendo a haver uma natural exclusão desse mediador do mercado de trabalho.

Todavia, é importante destacar ainda não está clara a forma de aferição do cumprimento desse tão importante Princípio, cabendo um esforço de criação de um sistema eficiente de acompanhamento e consequentemente de punição dos desvios de conduta.

5- SÍNTESE E CONCLUSÕES

A análise das diferentes facetas do uso do Princípio da Confidencialidade atingiu o objetivo de entendimento da fundamental importância desse Princípio no processo de mediação, sem o que será mais difícil criar as condições de superação do conflito.

O Princípio permite a abertura das emoções e sentimentos das Partes, possibilitando que elas se afastem das posições inicialmente percebidas e apresentadas como motivos do conflito e, o mediador e ambas as Partes, possam perceber as verdadeiras razões do conflito.

Ao se avançar nas verdadeiras razões do conflito, isto é, ao surgirem os reais interesses, e, ao se conhecer o entorno do conflito, tanto as Partes como o mediador podem, criativamente, criar múltiplas alternativas de soluções, podendo sair do confronto dicotômico ganha vs. perde para o verdadeiro ganha-ganha.

Além do que, as relações, antes conflituosas, podem migrar gradativamente para uma relação de aceitação, depois de cooperação, com enormes ganhos pessoais e econômicos-sociais: retorno a uma relação pacífica das Partes e das pessoas por eles afetadas, rapidez na solução do conflito, e continuidade das relações comerciais, quando for o caso.

A Legislação existente no Brasil é bastante completa e abrangente no que tange a esse Princípio, comprometendo todos os agentes presentes na mediação: Mediador, as Partes, os seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança, que tenham direta e indiretamente, participado do procedimento da mediação". O princípio da Confidencialidade, prevendo ainda que o Mediador (Lei 13.140/15, artigos 6 e 7) "fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes" e "o Mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito que tenha atuado como mediador" torna explícita que a confidencialidade extrapola o momento da mediação potencializando as garantias de confidencialidade e realmente contribuindo que as Partes tenham total confiança na revelação de seus reais interesses.

Por outro lado, protege os seus participantes no caso de ausência de acordo, impedindo que possam ser utilizadas em seu desfavor em eventual processo judicial.

Há a questão da mediação entre um ente privado e público, este abrangido pela Lei de Acesso à Informação e obrigatoriedade da publicização do processo e aquele pela legislação da mediação em vigor que legisla sobre a abrangência do princípio da confidencialidade. Neste caso, algumas vezes o ente público, pelo poder econômico e político que tem, pode constranger o ente privado levando-o a concordar em dar publicidade ao processo. Neste caso, talvez o adequado seria que, no caso de mediação entre esses dois entes, a Lei de Acesso à Informação pudesse excepcionalizar o ente público permitindo que a confidencialidade se mantenha, fazendo que o ente privado se veja mais protegido.

Por fim, as sanções possíveis pelo não cumprimento da confidencialidade, estão garantidas na legislação (Lei 13.140/15 e Resolução CNJ 125/10), inclusive equiparando o mediador aos juízes e, portanto, com consequências penais. Importante ressaltar que

no âmbito dos mediadores certificados pelo ICFML-Instituto de Certificação e de Mediadores Lusófonos e IMI-International Mediation Institute que conduzem no Brasil, em parceria com a ALGI Mediação, essa Certificação Internacional, os respectivos Códigos de Ética preveem um processo de apuração dos desvios de comportamento dos mediadores (Professional Conduct Assessment Process), sendo um canal formal de apuração dos desvios de conduta dos agentes da Mediação.

Entretanto, é relevante destacar que não está clara, em nenhuma legislação/regulamentação, a forma de aferição desses desvios, seja porque o universo de agentes na mediação não é pequeno, seja porque ainda não existe um sistema eficiente para essa aferição, aferição esta que fica ainda mais difícil dado ao Princípio da Oralidade, que evita os registros escritos do processo.

Por fim, destaca-se que talvez fosse importante que os mediadores tivessem uma Associação de Classe que os fiscalizasse e pudesse desligá-los da Associação em caso de infração desse Princípio, como acontece com as outras profissões, valorizando assim a profissão do mediador.

Considerando o exposto, concluímos que o Princípio da Confidencialidade é realmente um fator estruturante na mediação e talvez o principal fator de sucesso nas mediações, mesmo considerando as intercorrências com o Princípio da Autonomia da Vontade, conforme anteriormente abordadas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Tania. **Mediação de Conflitos**, Editora JusPODIVM, 259 a 260

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos**. Dash Mediação, 2016.

ARCOS. **Confidencialidade na Mediação**. Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>>. Acesso em: 21/02/2018.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. Editora CL-A Cultural Ltda., 2017.

BRASIL. **Lei 12.527 de 18.11.11** de Acesso à Informação.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16.03.15**-Código de Processo Civil-CPC

BRASIL. **Lei 13.140 de 20.06.15**, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública, alterando a Lei 9469 de 10.07.97 e o Decreto 70.235 de 06.03.72 e revoga o parágrafo 6 das Lei 9.469 de 10.07.97.

BRASIL. **Lei 5172 de 25.10.66** -Código Tributário Nacional

BRASIL. **Resolução 125 de 29.11.10 do Conselho Nacional de Justiça** que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interessa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências

CCFB. **Apostilha do Seminário de Mediação Corporativa do Centro de Mediação da Câmara de Comércio França-Brasil-CCFB**. 2013.

CNJ ALGI. **Apostilha do Curso de Conciliação e Mediação Judicial nos termos da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça da ALGI Mediação**. 2013.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Imago, 2005.

IMAB. **Apostilha do Curso de Capacitação em Conciliação e Mediação do IMAB-Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil**. 2015.

IMAB. **Apostilha do Curso de Mediação Empresarial do IMAB-Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil**. 2015.

TRIBUNAL ARBITRAL SÃO PAULO. **Apostilha do Curso de Mediação e Arbitragem-EAD do Tribunal Arbitral de São Paulo**. 2014.