

EDIÇÃO 6 JUN/2021 - JUL/2021
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

O PRINCÍPIO ÉTICO DA IMPARCIALIDADE E A ATUAÇÃO DO JUIZ NA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAIS

THE ETHICAL PRINCIPLE OF IMPARTIALITY AND THE JUDGE'S PERFORMANCE IN JUDICIAL CONCILIATION AND MEDIATION

Carmen Lúcia Rodrigues Ramajo ¹,

O objetivo do trabalho é examinar a imparcialidade do juiz, como um princípio ético previsto no Código de Ética da Magistratura Nacional e nos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, em cotejo com a atuação do juiz como promotor do diálogo entre as partes e facilitador de conflitos, analisando sua atuação pessoal como conciliador e mediador judicial, diante do modelo de implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos (MASCs) ligado ao Poder Judiciário adotado pela Resolução 125 do CNJ e pelo CPC/2015, que ao optar pela implementação dos MASCs por intermédio do Poder Judiciário, deixou a cargo deste a promoção da conciliação e da mediação prévias em todos os processos.

Palavras-Chave: Conciliação. Ética. Imparcialidade. Mediação.

The objective of this work is to examine the judge's impartiality, as an ethical principle foreseen in the Código de Ética da Magistratura Nacional and in the Principles of Judicial Conduct of Bangalore, compared to the performance of the judge as a promoter of dialogue between the parties and as a facilitator of conflicts, analyzing his personal performance as a conciliator and judicial mediator, in view of the model of implementation of the Alternative Dispute Resolution (ADRs) linked to the Judiciary adopted by Resolution 125 of CNJ and CPC/2015 that opted for the implementation of ADRs through the Judiciary and assigned to the judges the task to promote prior conciliation and mediation in all cases.

Keywords: Conciliation. Ethic. Impartiality. Mediation.

¹ Mestranda da 1ª. turma de Mestrado Profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Juíza de Direito da 2ª. Vara de Família e anexos do foro central da comarca da Região Metropolitana de Maringá e Coordenadora do CEJUSC-Maringá. Professora da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: clrr@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

A mudança de um modelo adversarial para um modelo colaborativo e a adoção do "Tribunal Multiportas", como formas de combater a hiperjudicialização de conflitos, é claramente notada no sistema processual brasileiro, em especial a partir do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), cujo art. 3º estabelece que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

O objetivo deste artigo é analisar a imparcialidade como princípio ético da atuação do juiz em cotejo com sua atuação como facilitador da comunicação entre as partes na conciliação e na mediação judiciais.

1 A IMPARCIALIDADE JUDICIAL COMO PRINCÍPIO ÉTICO E OS PRINCÍPIOS DE CONDUTA JUDICIAL DE BANGALORE

A análise da imparcialidade do magistrado como princípio ético se insere na ética aplicada que pode ser definida como a dimensão da ética que tem por objetivo a construção de um modelo moral para melhor compreensão e resolução de problemas sociais concretos (SERRANO, 2010).

A ética aplicada se dedica a averiguar como os princípios éticos ajudam a orientar os diferentes tipos de atividade, não apenas refletindo sobre como se aplicam os princípios em cada âmbito concreto, mas também levando em conta a especificidade de cada atividade com suas próprias exigências morais e seus próprios valores (CORTINA; NAVARRO, 2001). Nesse contexto, a ética profissional é o "complexo de princípios que servem de diretrizes no exercício de uma profissão, estipulando os deveres que devem ser seguidos no desempenho da atividade profissional" (SPERANDIO, 2002). Para analisar a ética dos magistrados e a imparcialidade como um preceito de conduta ética, portanto, é preciso ter em mente os valores, a missão e a visão do Poder Judiciário, já que a ética de cada profissão é pautada pelo seu bem maior.

O Planejamento Estratégico do Poder Judiciário definido pelo CNJ para o período de 2021-2026 prevê como valores da instituição: acessibilidade, inovação, agilidade, integridade, credibilidade, segurança jurídica, eficiência, sustentabilidade, ética, transparência, imparcialidade e responsabilidade. Como missão: realizar justiça e como visão: "um Poder Judiciário efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para a pacificação social e o desenvolvimento do país" (CNJ, 2021). É, portanto, nesses valores que se assenta a ética dos magistrados.

Em sua 68ª Sessão Ordinária, em 06 de agosto de 2008 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos autos do Processo nº 200820000007337 aprovou e editou o Código de Ética da Magistratura Nacional (CEMN/2008), exortando todos os juízes brasileiros à sua fiel observância. A edição do CEMN veio dentro de um movimento internacional capitaneado pela Organização das Nações Unidas (ONU), a partir de 2000, que resultou num documento aprovado em novembro de 2002 chamado "Princípios de Conduta Judicial de Bangalore" (ONU, 2008) e posteriormente no "Código Ibero-Americano de Ética Judicial", em 2006, pela Cúpula

Judicial Ibero-Americana, com o objeto de disciplinar a conduta ética dos juízes dos países signatários.

Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore consistem, como consta do prefácio da edição brasileira (ONU, 2008), em:

Um projeto de Código Judicial em âmbito global, elaborado com base em outros códigos e estatutos, nacionais, regionais e internacionais, sobre o tema, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU.

O CEMN, por sua vez, com inspiração nesses princípios, prevê as condutas a serem adotadas pelos magistrados brasileiros na busca da melhor forma de agir, ou seja, balizas de conduta que se espera dos magistrados de todas as instâncias e esferas de atuação. Dentre essas condutas está a imparcialidade, juntamente com a independência, o conhecimento e a capacitação, a cortesia, a transparência, o segredo profissional, a prudência, a diligência, a integridade profissional e pessoal, a dignidade, a honra e o decoro (art. 1º).

Ao tratar sobre a imparcialidade o capítulo II do CEMN define como magistrado imparcial "aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito" (art. 8º).

Determina, ainda, ao magistrado, que no desempenho de sua atividade, dispense às partes igualdade de tratamento, vendando qualquer espécie de injustificada discriminação (art. 9º) e ressalva que não se considera tratamento discriminatório injustificado (I) a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado; e (II) o tratamento diferenciado resultante de lei (parágrafo único do artigo 9º).

Antes mesmo de tais dispositivos, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) (LC 35/1979) em seu artigo 35 previa dentre os deveres do Magistrado o de (I) "cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício", trazendo o conceito de independência, do qual decorre a imparcialidade.

A imparcialidade do julgador é tão importante que além de um princípio ético, é também uma regra legal cogente, prevendo o CPC/2105 que é assegurada às partes paridade de tratamento (art. 7º), sendo dever do juiz, na condução do processo, assegurar essa igualdade (arr. 139, I), reforçando que, caso ele seja amigo ou inimigo das partes ou de seus advogados deve declarar a sua suspeição nos autos (art. 145, I), estando, ainda, impedido de atuar em processos em que tenha interesse direto ou indireto (art. 144).

Segundo os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, "a imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão" (ONU, 2008 - valor 2, p. 65).

Há que se distinguir, neste ponto, imparcialidade de neutralidade.

Nas palavras do ministro Eros Grau no julgamento do Habeas Corpus nº 95.009-4/SP, em voto proferido em 06/11/2008, "a neutralidade impõe que o juiz se mantenha em

situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito.”

Já a imparcialidade, segundo o Ministro, no julgamento do mesmo Habeas Corpus:

É expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.

Segundo Serejo (2011), a imparcialidade é uma postura técnico-processual do juiz que deve estar acima das disputas pessoais das partes. “Sua atuação deve ser equidistante dos interesses em litígio”. A imparcialidade implica, igualmente, no “compromisso ético de coligir elementos suficientes para esclarecer a verdade dos fatos, com objetividade, idoneidade, sem qualquer favoritismo ou preconceito”.

A imparcialidade do magistrado traz segurança às partes, garante a confiabilidade do sistema de justiça e corrobora com o sentimento de justiça, na medida e que atende a expectativa de julgamento por uma autoridade isenta de interesses pessoais.

A imparcialidade pode ser analisada sob os enfoques objetivo e subjetivo. Objetivamente, diz respeito a um juiz que atue de forma a não fugir da sua atividade judicante, tendo o dever de se comportar conforme as regras processuais e de forma íntegra sem que dê espaço a prejulgamentos ou impulsos que o tornem parcial. Subjetivamente, está relacionada ao vínculo do juiz com as partes e a questões de foro íntimo do magistrado. A imparcialidade subjetiva é presumida (presunção *iuris tantum*), devendo os interessados demonstrar o contrário, apontando atos concretos que permitam identificar sinais que indiquem a vontade do juiz de tratar uma das partes de forma diferenciada.

Os princípios de Bangalore de Conduta Judicial destacam que a imparcialidade “deve existir tanto como uma questão de fato como uma questão de razoável percepção”, ou seja, além de ser imparcial, o juiz precisa ser percebido como tal, na análise de um observador sensato, informado e razoável (ONU, 2008, item 52).

2 A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ

Considerando que a imparcialidade absoluta é impossível de ser alcançada, hodiernamente fala-se em “parcialidade positiva” ao invés de imparcialidade.

A “parcialidade positiva” do juiz, segundo SOUZA (2010):

[...] é um princípio consubstanciado na ética material, isto é, no sentido de que o juiz, durante a relação jurídica processual, reconheça as diferenças sociais, econômicas e culturais das partes e pautar sua decisão com base nessas diferenças, humanizando o processo civil ou penal.

O dever de imparcialidade, traduzido no artigo 139 do CPC/2015, como dever de assegurar tratamento igual às partes (inc. I), deve, portanto, ter o caráter de “parcialidade positiva”, cabendo ao magistrado reconhecer e considerar as diferenças sociais, econômicas e culturais das partes, agindo de forma a minimizá-las. Como lembra SOUZA (2010):

[diante das] particularidades sociais e econômicas, especialmente as desigualdades materiais da América Latina, não se pode permanecer numa visão meramente formal e abstrata da imparcialidade do juiz. Diante desses aspectos materiais, há necessidade de reconhecer a ‘alteridade do outro’.”

Essa imparcialidade, por conseguinte, perpassa pelo conceito de isonomia. Ao mesmo tempo que o magistrado imparcial deve buscar nas provas constantes nos autos, a verdade dos fatos, com objetividade e deve manter uma distância equivalente das partes, evitando todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito (arts. 8º e 9º, CEMN/2008); deve, também, tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, não permitindo que a imparcialidade (formal ou objetiva) se transforme em fonte de injustiça e beneficie aos mais fortes, potencializando a disparidade de armas ou desequilíbrio de poder econômico, probatório, intelectual, emocional e outros entre os litigantes.

A isonomia absoluta é utópica em qualquer disputa e o desequilíbrio de forças entre os conflitantes aparece também no processo judicial. Como exemplo, a parte que tiver mais recursos financeiros contratará melhores advogados, interporá mais recursos, usará mecanismos visando acelerar ou atrasar a tramitação do processo. Ao juiz cabe minimizar tais desequilíbrios, com conduta imparcial, mas ativa (positiva).

3 OS PODERES E DEVERES DO MAGISTRADO NA CONDUÇÃO DO PROCESSO E A AUTOCOMPOSIÇÃO

A jurisdição, conceituada modernamente como função, atividade e garantia de aplicar o direito abstrato aos fatos concretos, na busca da justa composição da lide e do acesso à justiça (GRINOVER, 2016a), a jurisdição ainda que continue sendo a atividade fim do juiz, está longe de ser a única (ou até mesmo a principal). Ao seu lado, e com igual relevância, aparecem três outras atribuições: a representação (social e política) da instituição; a gestão judicial (BACELLAR, 2013) e a facilitação da comunicação entre as partes para atingir a solução do conflito de comum acordo (SALLES, 2018).

Na representação, o Magistrado atua como agente de transformação social, levando os valores, a missão e a visão do Poder Judiciário, alhures já especificados, para a comunidade e nas relações interinstitucionais.

Quanto às atribuições de gestão, cabe ao magistrado a administração da justiça no âmbito de sua autonomia funcional, buscando a correta aplicação dos recursos públicos a fim de prestar um serviço judiciário de qualidade, velando, assim, pelo direito fundamental do acesso à Justiça, entendido empregando, para tanto, técnicas de gestão judiciária (REIS, 2012).

No tocante à atribuição de facilitação da comunicação entre as partes, trata-se decorrência do modelo de implementação dos métodos alternativos/adequados de resolução de conflitos (MASCs) ligado ao Poder Judiciário adotado pela Resolução 125 do CNJ e pelo CPC/2015. Ao optar pela implementação dos MASCs por intermédio do Poder Judiciário o sistema legal deixou a cargo deste a promoção da conciliação e da mediação prévias em todos os processos, como expresso no artigo 334, do CPC/2015. Ao Judiciário, portanto, além da solução adjudicada dos conflitos, cabe, também fornecer o serviço de facilitação de comunicação entre as partes e o incentivo à autocomposição (art. 334, CPC) (SALLES, 2018).

Com base nessas quatro atribuições, elencando os poderes e deveres do magistrado na condução do processo, o artigo 139 do CPC/2015 prevê que lhe cabe, dentre outras condutas: (I) assegurar às partes igualdade de tratamento; e (V) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Portanto, concorrendo com o dever ético de manter a imparcialidade, o citado dispositivo também impõe ao Magistrado o dever de atuar como agente de facilitação da comunicação entre as partes para atingir a solução do conflito de comum acordo, cabendo-lhe "promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais".

Segundo a Resolução 125 do CNJ, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) são "responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão" (art. 8º)

No mesmo sentido, o artigo 24 da Lei 13.140/2015 (Lei de mediação) que traz como atribuições dos CEJUSCs a "realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais" assim como o "desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição".

Já o CPC/2015 no art. 139 traz entre os poderes, deveres e responsabilidade do Juiz a promoção, a qualquer tempo, da autocomposição "preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais" (inciso V).

Portanto, ainda que a Resolução 125 do CNJ e a Lei 13.140/2015 não prevejam expressamente que o magistrado possa praticar o procedimento consensual pessoalmente, também não a vedam. Já o artigo 139 do CPC traz essa permissão.

A análise conjunta desses dispositivos legais, que juntamente com a Lei 9.00/95 compõem nas expressão cunhada por Grinover (2016b) o "microssistema de métodos consensuais de solução de conflitos", com especial relevância ao uso do termo "preferencialmente", leva à conclusão que o legislador não veda que o juiz atue diretamente como facilitador do conflito. E isso se dá por várias razões que vão desde sua idoneidade, que o qualifica para conduzir as partes a uma conciliação razoável; passando por sua posição como terceiro desinteressado na causa, que gera percepção de imparcialidade e independência e, portanto, autoridade moral; por sua relação institucional com o sistema de justiça, que reforça a garantia do cumprimento dos princípios legais; sua experiência em

lidar com conflitos similares; seu conhecimento da lei (DE SOUSA, 2014) até a ausência de conciliadores e mediadores habilitados, devido às deficiências estruturais do Poder Judiciário, em especial nas pequenas comarcas.

Mas é inegável que o objetivo do legislador é que a autocomposição em juízo, seja mediação ou conciliação, seja conduzida por um terceiro, sendo atribuição precípua do magistrado não a condução das sessões de conciliação e mediação, e sim a gestão do processo de viés colaborativo, devendo esclarecer às partes as vantagens da autocomposição, os métodos (ou mecanismos) disponíveis e adequados ao caso, a possibilidade de realizarem desvios de fluxo processual, a qualquer momento, no curso do processo para tentativas de autocomposição, a estruturação de equipe de conciliadores/mediadores para atuarem como auxiliares e a supervisão de seu treinamento continuado.

4 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: SIMILITUDES E DISTINÇÕES

Neste ponto, relevante distinguir mediação e conciliação que apesar de serem procedimentos parecidos, diferenciam-se em aspectos relevantes.

Ambos são métodos de solução consensual de conflitos que contam com a participação de um terceiro imparcial (conciliador ou mediador). A conciliação é mais ativa e dinâmica, podendo o conciliador sugerir alternativas e apresentar soluções para o caso concreto, sendo mais adequada para os casos e quem não haja vínculo anterior entre as partes (BACELLAR, 2016). Ao contrário, o mediador é mais discreto. Ele acompanha a conversa e esclarece questões relativas ao litígio que permitam alcançar o consenso. A mediação visa a resolução do conflito enquanto a conciliação busca apenas o acordo. A mediação objetiva a restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação tem por escopo pôr fim do litígio (e não necessariamente restaurar o convívio ou relação social). Portanto, é mais indicada para os casos e quem haja vínculo anterior entre as partes (BACELLAR, 2016).

Enquanto o mediador tem uma abordagem facilitadora, de estímulo ao entendimento, o conciliador tem uma abordagem mais avaliativa, podendo inclusive sugerir propostas de acordo. A mediação vota-se às pessoas e tem natureza preponderantemente subjetiva. A conciliação volta-se ao conflito em si (fatos e direitos) com natureza mais objetiva.

A mediação é multidisciplinar, envolvendo áreas distintas (psicologia, administração, comunicação). A conciliação é unidisciplinar tendo por base o direito.

Apesar das diferenças acima apontadas, os métodos têm em comum os princípios da boa-fé; da oralidade; da imparcialidade; da confidencialidade; da independência e autonomia; de isonomia entre as partes; da autonomia da vontade; da decisão informada; do empoderamento; da validação; do respeito à ordem pública e às leis e da busca pelo acordo.

Quanto à imparcialidade, trata-se de princípio voltado ao facilitador que se consubstancia no "dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando

qualquer espécie de favor ou presente" (inc. IV art. 1º do Código de Ética da Res.125/2010 CNJ).

Já a confidencialidade (prevista no art. 1º, inc. I do Código de Ética da Res. 125/2010, no art. 166 do CPC e nos arts. 30 e 31 da Lei de Mediação) considerada como um dos princípios mais importantes da mediação e da conciliação, traduz-se no dever de manter sigilo acerca do ocorrido durante a sessão. Ajuda a criar a confiança necessária para que a comunicação se dê de forma franca e livre (vantagem para os conflitantes); a preservar a imparcialidade do mediador e conciliador, na medida em que impede que ele seja testemunha do caso em que tenha atuado e evita a exposição de fatos que as partes possam querer manter em sigilo ou com acesso restrito, como por exemplo segredos industriais ou questões familiares íntimas.

Heck e Bombino (2018) esclarecem que confidencialidade é mais do que confiança. Segundo eles:

Confidencialidade é a qualidade de discrição e sigilosidade que incide sobre as informações, documentos e propostas expostos no procedimento conciliatório. Enquanto a confiança tem sob foco a relação entre os participantes, a confidencialidade tem por foco o material produzido no curso do procedimento.

A confidencialidade diz respeito tanto ao procedimento que é sigiloso, (diferentemente do processo judicial que, em regra, é público) e, portanto, deve se realizar sem a presença de terceiros estranhos, em ambiente reservado, sendo vedada filmagem ou gravação; como também à atuação dos participantes e do mediador ou conciliador, que assumem o compromisso de não divulgar as informações recebidas no processo e não as utilizar para outras finalidades.

No caso da conciliação e da mediação judiciais, a confidencialidade se restringe ao procedimento e ao que foi produzido durante o processo de autocomposição, ou seja, às informações trocadas, fatos revelados, propostas não aceitas, pois o resultado da sessão, seja ele um acordo ou não, será levado ao processo judicial, que, em regra, é público. Em outras palavras, o que for registrado na ata da sessão de mediação ou conciliação, será público. Há, portanto, que se tomar cuidado para evitar a exposição leviana de informações e documentos apresentados pelos interessados e que não façam parte dos acordos concretizados (HECK; BOMBINO, 2018). Da ata oficial a ser juntada aos autos devem constar tão somente a informação quanto a não concretização de qualquer acordo, sem qualquer detalhamento quanto aos fatos apresentados, informações trazidas ou propostas não aceitas. Já em caso de acordo, todos os termos do que foi acordado devem constar da ata (art. 334, §11, CPC/2015), em especial para permitir acompanhamento futuro e até mesmo medidas executivas, se necessárias. Entretanto, tudo o que não for parte integrante do acordo em si, ainda que tenha sido trazido para a sessão, não deve ser consignado na ata, preservando-se, com isso, ao máximo a confidencialidade do processo autocompositivo.

5 A ATUAÇÃO DIRETA DO MAGISTRADO COMO CONCILIADOR OU MEDIADOR À LUZ DO PRINCÍPIO ÉTICO DA IMPARCIALIDADE

Resta-nos, portanto, avaliar a atuação direta do magistrado como conciliador ou mediador, nos processos sob sua jurisdição, à luz do princípio ético da imparcialidade e dos princípios norteadores da mediação e da conciliação.

De Sousa (2014), ao tratar do Código de Processo Civil Português de 2013 e da atuação ativa do juiz na tentativa de conciliação, em análise que se aplica igualmente ao sistema processual brasileiro implementado pelo CPC/2015 e pela Resolução 125/2010 do CNJ, destaca que a sistemática implementada por esses novos regramentos reforçou o protagonismo do magistrado como pacificador social, sendo a conciliação um dever do julgador sem que isso macule sua imparcialidade ou prejudique o futuro julgamento.

Para atuar pessoalmente como mediador do conflito, contudo, o juiz terá uma série de restrições o que limitará (inadequará, a nosso ver) a mediação. Isso porque a mediação exige envolvimento direto do mediador com questões mais amplas do que as apresentadas na lide processual.

Sendo o objetivo da mediação a melhoria no relacionamento social dos conflitantes e a busca do conflito real que, não raras vezes é diverso e mais abrangente do que o conflito aparente (lide processual), para atuar como mediador o juiz teria que extrapolar os limites do processo, o que fere o princípio ético da imparcialidade judicial.

Igualmente, a confidencialidade da mediação estaria prejudicada, bastando lembrar que se do processo de autocomposição não resultar acordo, caberá a mesma pessoa, que anteriormente usava as vestes de mediador, julgar o mérito da demanda. Como o julgamento de mérito deve se dar com base tão somente nas provas constantes dos autos, as informações e interesses que forem relevados na mediação não poderão ser utilizados como elemento de convencimento para o julgamento. Entretanto, dificilmente o juiz conseguirá se manter totalmente alheio ao que lhe foi revelado pelas partes. O juiz estaria "contaminado" pelo resultado da sessão, sendo difícil separar as informações confidenciais recebidas na mediação da subsequente prova produzida durante a instrução processual. As informações confidenciais, portanto, podem influenciar o juiz contra ou favor de uma das partes, comprometendo a integridade do processo decisório (DE SOUSA, 2014).

Também as reuniões privadas com os mediados, chamadas caucus, revelam-se inadequadas se a mediação for conduzida pelo juiz. Trata-se de uma técnica eficaz e amplamente usada para permitir a expressão de sentimentos sem aumentar o conflito; eliminar comunicação improdutiva; evitar reações desvalorizadas e outros comportamentos que impedem o alcance de acordos; aplicação da técnica de inversão de papéis; e disponibilizar o exame mais tranquilo de possíveis alternativas (DE SOUSA, 2014). Essas reuniões privadas têm o potencial de criar dúvida razoável quanto à imparcialidade do juiz em caso de futuro julgamento e de abalar a confiança das partes no julgador, por elas não saberem o que foi revelado pela outra parte ao juiz sem a sua presença e que poderia interferir no julgamento. A informação adquirida no caucus pode também gerar o que De Sousa (2013) chama de "viés confirmatório

(confirmation bias) pois, na colheita futura de provas (na instrução processual), o juiz tenderá a procurar informações que confirmem o que lhe foi transmitido no caucus, deixando de indagar ou desprezando informações que sejam contrárias à informação antes recebida e que lhe tenha marcado o ânimo.

Como consignado nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, a razoável apreensão de parcialidade por parte dos envolvidos não pode ser ignorada, já que a "parcialidade inconsciente pode existir mesmo quando o juiz atua de boa-fé" (ONU, 2008, item 82). Ainda dos mesmos princípios se extrai que "obviamente, é impossível determinar o preciso estado de espírito do juiz" (ONU, 2008, item 83), portanto, a situação de razoável apreensão de parcialidade decorrente do contato prévio do juiz com informações íntimas, sigilosas ou apenas alheias ao processo, mas que tenham sido relevadas na mediação, deve ser evitada, por trazer aos envolvidos esse razoável medo da perda da parcialidade e a consequente perda de eficácia social da sentença.

Ainda citando os princípios de Bangalore (ONU, 2008 item 84):

Parcialidade é ou pode ser uma coisa inconsciente, e um juiz pode honestamente dizer que ele não é realmente parcial e não permite que seu interesse afete sua mente, embora, por outro lado, ele possa permitir fazê-lo de modo inconsciente.

Outra questão relevante que desaconselha a atuação do juiz como mediador é a redução da disposição das partes em revelar fatos sigilosos, comprometedores ou constrangedores na presença daquele que os irá julgar em caso de insucesso, o que tende a tornar a mediação conduzida pelo magistrado menos efetiva e mais restrita. Não se pode esquecer, como destaca De Sousa (2014), que aos olhos das partes, o juiz, ainda que no papel de mediador ou conciliador, continua a ser juiz de modo que as partes não se sentirão à vontade para revelar segredos, magoas, fraquezas e seus reais interesses para aquele que irá julgar objetivamente a demanda em caso de insucesso. As propostas que forem formuladas tendem a se manter no intervalo do chamado "valor de reserva" que corresponde ao valor mínimo que o credor aceitaria e o valor máximo que o devedor estaria disposto a pagar, mas a mediação, para ser efetiva, não pode se limitar a zona de possível acordo. (DE SOUSA, 2014). Ainda que um dos objetivos da mediação judicial seja a busca pelo consenso e que para isso seja preciso aproximar as pretensões das partes, é preciso que antes os sentimentos e os reais interesses sejam revelados, sob pena de transformar-se a mediação em simples conciliação ou menos ainda, em mera negociação.

Há autores que entendem ser possível a atuação do juiz como mediador como José Herval Sampaio Júnior (2007), que defende que o princípio da confidencialidade não impede a realização de mediação pelo juiz, desde que ele tenha a devida qualificação e treinamento, pois como mediador o juiz não tem acesso às provas (partindo-se do princípio que a mediação é tentada no início do processo, conforme previsto no art. 334, CPC/2015) e não pode se pronunciar sobre os direitos dos envolvidos. Além disso, "a política do CNJ é a mais ampla possível", e, portanto, não excluía a participação

do magistrado. Entretanto, segundo ele, no caso de não conseguir obter o acordo, o juiz que atuou como mediador deve remeter os autos ao substituto (JÚNIOR, 2007). Ora, essa solução parece levar à conclusão de que o juiz não pode ser mediador nos processos sob sua jurisdição, pois em caso de insucesso na mediação quanto ao acordo, estaria impedido de julgar o mérito, devendo remeter os autos a outro juiz. Sendo a jurisdição a atividade fim do magistrado (ainda que não seja a única), não vemos (opinião da autora) sentido no juiz criar situação de impedimento à sua atuação jurisdicional, sendo mais adequado que não atue como mediador em processos sob sua jurisdição.

Também na conciliação, onde é mais frequente a atuação de magistrados, é preciso que o juiz tenha cuidado para não ferir o princípio ético da imparcialidade. Ainda que a conciliação seja mais objetiva e focada no conflito e não nas relações sociais, o juiz-conciliador não pode pressionar as partes, nem deixar transparecer, ainda que implicitamente, qual será a sua decisão de mérito caso o processo prossiga para julgamento, devendo, portanto, evitar aconselhar as partes quanto ao mérito da disputa e sugerir possíveis acordos, mesmo sendo tais condutas permitidas ao conciliador em geral.

Segundo Bacellar (2020):

Não há óbices para que o Magistrado possa ele mesmo presidir e conduzir as audiências de conciliação, embora seja sempre recomendável que ele foque sua atenção para as atribuições judiciárias que lhes são exclusivas e que não possam contar com esse auxílio.

Como já lembrado, aos olhos das partes, o juiz será sempre o juiz e por isso elas podem, eventualmente, sentir-se forçadas a aceitar uma proposta formulada pelo juiz-conciliador ou a não a contrariar, com medo de que isso possa prejudicá-las. A coerção do juiz sempre estará presente, ainda que de forma sutil. Por isso, sua intervenção, com formulação de propostas concretas, deverá ser subsidiária da iniciativa das partes (DE SOUSA, 2014) e deve ser muito cautelosa para que não represente antecipação de julgamento ou coação a nenhuma das partes, limitando-se a tentar aproximar a pretensão na já referida zona de possível acordo que deve ser estabelecida pelas próprias partes e seus advogados e não pelo juiz-conciliador.

Cabe-lhe, portanto, tão somente identificar e fazer as partes compreenderem os limites da zona de possível acordo; destacar a relevância de informações que as partes tragam na sessão; informar parâmetros legais e jurisprudenciais que guiarão eventual sentença judicial; alertar sobre os custos (financeiros, emocionais, de tempo) de um processo e esclarecer sobre o procedimento judicial; trazer informações decorrentes de suas experiências positivas ou negativas em casos similares; e moldar as propostas apresentadas pelas partes de forma objetiva, de modo a torná-las exequíveis, legais (de acordo com as previsões legais para a matéria) e economicamente viáveis.

É preciso deixar claro para as partes, desde o início, que qualquer proposta apresentada na conciliação, seja pelas partes, seja pelo juiz-conciliador, não terá qualquer vinculação ou relevância em caso de julgamento futuro.

Além disso, deve o juiz-conciliador abster-se de, no curso da conciliação, emitir sua opinião ou posição

pessoal sobre qualquer aspecto do problema, sob pena de gerar uma sentença com grau de eficácia social menor que uma sentença proferida por um juiz que tenha se mantido adstrito aos fatos e provas constantes do processo.

Importante, ainda destacar que segundo o artigo 145 do CPC/2015 o juiz está suspeito (e, portanto, não pode julgar o processo) se aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa (II). Por conseguinte, deve evitar qualquer forma de aconselhamento, sob pena de gerar situação de suspeição e parcialidade.

Se na mediação a questão gira em torno da revelação de fatos ou informações alheias ao processo, mas relativos aos conflitos subjacentes ou ocultos (relativos à lide sociológica) que possam influenciar no julgamento, na conciliação (onde, tradicionalmente não se espera grandes descobertas quanto aos conflitos subjacentes, já que mais focada no conflito posto) o problema está no receio da futura decisão ser influenciada por um pré-julgamento criado na sessão de conciliação e (assim como na mediação) na razoável apreensão de parcialidade criada nas partes pela atuação ativa do magistrado na tentativa de autocomposição. Assim, ao tentar conciliar as partes, não deve o juiz, atuando como conciliador, manifestar suas compreensões sobre a demanda, nem se inclinar para o lado de qualquer das partes, nem pré-julgar o mérito da demanda, ainda que por meio de conselhos ou sugestões sobre o mérito.

Para manter a imparcialidade e ao mesmo tempo cumprir o mister de estimular a solução consensual dos conflitos (art. 3º, CPC/2015) cabe ao juiz-conciliador adotar o que De Sousa (2014) chama de postura "contratualista" (em oposição à chamada postura "jurisdicionalista" na qual o juiz controla na íntegra o conteúdo do acordo, devendo conduzir as partes a um acordo que reporte justo e equitativo) competindo-lhe "controlar o processo de um ponto de vista formal, fomentando o diálogo, mas sem interferir ao nível do conteúdo do acordo cuja definição cabe às partes." (DE SOUSA, 2014).

Tais considerações reforçam a importância de o juiz valer-se de uma equipe de conciliadores e mediadores, devidamente qualificados, para conduzirem as sessões de mediação e conciliação, evitando, com isso, o seu envolvimento direto que, apesar de não vedado na legislação, não permite que a tentativa de autocomposição dos litígios judicializados se desenvolva em sua amplitude máxima.

CONCLUSÃO

O papel do juiz na busca da autocomposição dos conflitos nos processos judiciais é de grande importância, sendo ele o gestor do processo de autocomposição. Isso não significa, contudo, que deva atuar pessoalmente como facilitador.

Para que a autocomposição dos conflitos judicializados seja efetiva e que a mediação e a conciliação possam ser desenvolvidas no âmbito judicial sem restrições, é aconselhável que elas sejam conduzidas por conciliadores e mediadores judiciais. Nesse contexto, os CEJUSCs revelam-se o fórum adequado para a centralização das práticas autocompositivas, cabendo ao magistrado, precipuamente a gestão do processo de viés colaborativo, esclarecendo as partes quanto às vantagens da

autocomposição, os métodos disponíveis e adequados ao caso, a possibilidade de realizarem desvios de fluxo processual, a qualquer momento, no curso do processo para tentativas de autocomposição. Também a estruturação da equipe de conciliadores/mediadores para atuarem como auxiliares e a supervisão de seu treinamento continuado são atribuições judiciais no processo autocompositivo.

Entretanto, não havendo vedação legal para que o juiz atue diretamente na facilitação dos conflitos, como mediador ou conciliador, é necessário buscar o equilíbrio entre o papel ativo do juiz como impulsionador da tentativa de autocomposição e a preservação do princípio da imparcialidade.

Do nosso ponto de vista, a postura mais acertada será o juiz, diante de um caso em que vislumbre a necessidade de uma intervenção mais ativa na fase de autocomposição, se utilizar da prerrogativa do artigo 139, V e da possibilidade de suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, II) e remeter o processo para mediação ou conciliação judicial conduzida por auxiliar devidamente habilitado e sem qualquer vínculo com as partes (imparcial) e desincumbido de futuro julgamento do caso, ou mesmo sugerir às partes uma tentativa de autocomposição extrajudicial, sob o risco de suspeição de sua imparcialidade.

Isso porque a participação do juiz na conciliação e mais ainda na mediação inibirá as partes que dificilmente revelarão seus reais interesses e expectativas àquele que em um futuro próximo, poderá prolatar uma sentença envolvendo os argumentos e fatos relevados nas tentativas de autocomposição. Acresça-se a concreta possibilidade de pré-julgamento pela apresentação de propostas ou mesmo orientação às partes e a possibilidade real de prevenção do juiz contra a parte que não tenha postura colaborativa ou revele fatos estranhos ao processo, mas que influam no ânimo ou no espírito do julgador.

O que se procura preservar é muito mais do que a relação entre as partes e o juiz da causa. O que está em jogo é a confiança que juízes e tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática.

Como lembra Meyer, citado por Souza (2020), "quem (como ele) segura a balança não pode se mover de sua posição sem inclinar para um lado."¹

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. G.; BACELLAR, R. P. **Manual de autocomposição judicial**. Brasília, Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_ManualdeAutocomposicaoJudicial.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

BACELLAR, R. P. **Juiz servidor, gestor e mediador**. 1. Ed. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira, 2013.

BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem.pdf**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

BACELLAR, R. P. **As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação**. In: Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses - 10 anos da Resolução CNJ n. 125/2010. [s.l.: s.n.].

v. 1. p. 205 – 223. CORTINA, A.; NAVARRO, E. M. Ética. **Cortina Y Martinez**. 3. ed. Madrid-Espanã: Akal, 2001.

DE SOUSA, L. F. P. **O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação**. *Julgar*, v. 23. p. 317 – 337, 2014.

GRINOVER, A. P. **Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. 1. ed. Gazeta Jurídica, 2016a.

GRINOVER, A. P. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Publicações da Escola da AGU, v. 8. n. 1. 2016b.

HECK, T. DE M.; BOMBINO, L. M. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da ESDM**, v. 4. n. 8. p. 125/143, 2018.

JÚNIOR, J. H. S. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. **Revista Direito e Liberdade**, v. 6. n. 2, p. 177 – 212, 2007.

ONU, U.-E. C. D. E C. DA N. U. **Comentários aos Princípios De Bangalore de Conduta Judicial**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/comentarios_bangalore.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

OSTIA, P. H. R. **Desenho de sistema de solução de conflito: desenho de sistema de solução de conflito**: [s.l.] Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

REIS, W. J. DOS. **Juiz-gestor: um novo paradigma**. *Jus*, p. 1–5, 2012.

SALLES, C. A. DE. Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, p. 215 – 241, 2018.

SEREJO, L. **Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional**. 1. ed. Brasília: ENFAM, 2011.

SOUZA, A. C. DE. **O papel do juiz na criação do direito**. **Boletim da ENFAM**, v. junho/julh, n. 7, p. 10 – 11, 2010.

SOUZA, L. D. M. DE. O empenho ativo do juiz conciliador e o problema da (im) parcialidade. **Julgar Online**, n. 1., p. 1– 32, jul. 2020.

SPERANDIO, W. M. **A ética do advogado**. **Monografia (Graduação em Direito)**. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. 2002.

WATANABE, K. **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

¹ Tradução livre do texto originalmente apresentado pela autora em espanhol.