

O empenho ativo do juiz conciliador e o problema da (im)parcialidade

Lidia de Melo de Souza ⁽¹⁾

Sumário: 1. Introdução. 2. Os meios alternativos de resolução de controvérsias. 2.1. A conciliação judicial. 2.1.2. A positivação na República Federativa Brasileira. 2.3. A positivação da figura desde Alberto dos Reis. 3. O papel do juiz conciliador. 3.1. A imparcialidade e os seus desdobramentos. 3.1.1. A consignação em ata. 4. O regime dos impedimentos e da suspeição: garantia da imparcialidade? 5. Conclusão.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas, com menção em Direito Processual Civil, pela Universidade de Coimbra (FDUC), Coimbra/Portugal. Advogada. E-mail: lidia_msouza@yahoo.com.br.

1. Introdução

Nosso objetivo com o presente ensaio é apresentar as críticas, algumas contradições e principalmente dúvidas – muitas sem respostas – no tocante ao papel desempenhado pelo juiz no exercício da função de conciliador, como ainda as possíveis consequências oriundas de um atuar ativo e empenhado na busca da autocomposição do litígio entre as partes. Partilharemos, para isso, alguns fatores e algumas preocupações iniciais que nos levaram ao momento atual.

É cediço que a cultura do litígio e a conseqüente demora na entrega da prestação jurisdicional² são problemas ocasionados, entre outras razões, pelo amplo e quase irrestrito acesso à justiça³. Com o desenvolvimento das relações, o direito de socorro ao poder judiciário para que este exerça sua função pacificadora⁴ foi ampliado pela constitucionalização de um conjunto de garantias⁵ que propiciaram, sem dúvida, uma crescente e constante judicialização dos conflitos.

² Nas palavras de Dinamarco: “*Tutela jurisdicional é o amparo que o Estado ministra a quem tem razão em uma demanda. Tutela significa ajuda, proteção. E é jurisdicional a proteção outorgada mediante o exercício da atividade do juiz, a fim de que o sujeito, por ela beneficiado, obtenha, no plano da realidade, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 807 e ss.).

³ Garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira que dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e no artigo 20 da Constituição portuguesa: “*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”. Sobre o assunto, Mauro Cappelletti, desde a década de 1970, já falava sobre o acesso à justiça e em um de seus curiosos e aprofundados estudos propôs – por meio de três correntes teóricas, denominadas de “ondas” pelo referido autor – soluções ao problema do “acesso à justiça” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 31).

⁴ A solução dos conflitos de interesse desde os povos primitivos era a justiça privada, fazendo o uso da força quando necessário. Basicamente, quem tinha o poder, tinha o direito. A partir do momento em que o Estado chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar a ordem jurídica, proibindo a justiça de mão própria, assumiu para com todos e cada um de nós “*o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21).

⁵ Destaca-se que estamos trabalhando aqui na perspectiva do Estado Constitucional, na jurisdição caracterizada por uma nova dogmática baseada em direitos fundamentais e nos princípios que foram utilizados cada vez mais como formas de proteção e persecução das garantias constitucionais.

Decerto, essa “cultura do litígio”⁶ aflorou uma menor preocupação com a busca da solução mais adequada para as demandas, pois o Poder Judiciário centrou os esforços na procura por soluções para melhorar os números da justiça e não a sua qualidade substancial, o que gerou, consabidamente, uma perda da qualidade da tutela jurisdicional prestada. Neste contexto de massificação da sociedade⁷, exigia-se, então, mais dinamismo do Poder Judiciário para conferir repostas mais rápidas e adequadas⁸ às atuais exigências sociais e que correspondessem às novas diretrizes do processo democrático⁹, conformando-o aos valores e princípios constitucionais¹⁰.

Foi diante desse cenário que a ciência processual do final do século XX e início do século atual, na busca pelo alcance de maior efetividade da função precípua do Poder Judiciário de solucionador de conflitos de interesses, ultrapassaram-se os meios tradicionais e técnicos para implementar, paralelamente, “métodos consensuais de

⁶ Mergulhado em uma profunda crise social, o século XXI também trouxe novos desafios para o sistema processual civil, constituindo-se os tempos de hoje em um importante momento de reflexão sobre o que se pretende para o Direito Processual Civil “enquanto ramo de natureza adjetiva, de direito público, instrumento de procura da verdade material e da realização da justiça, num Estado de Direito Democrático” (ESTEVEVES, José. Um novo Mundo, uma nova Racionalidade, um novo processo Civil. In: *I Jornadas de processo civil: “Olhares transmontanos”*, Valpaços, 2012, p. 11. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Livro_JornadasDPC.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019).

⁷ Nesse sentido, Bauman afirma que: “[...] A globalização parecer ter mais sucesso em aumentar o vigor da inimizade e da luta intercomunal do que promover a coexistência pacífica das comunidades [...]” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 219).

⁸ Theodoro Júnior afirma que: “O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo ‘não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal’, sendo “sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, São Leopoldo, 2010, p. 65).

⁹ Nas palavras de Picó I Junoy, o “Estado de direito democrático, que tienes la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, el Estado debe poner al servicio de quines lo dirigen los medios y poderes necesarios para alcanzarse lo justo proceso, la justicia dela decisión judicial”, sendo certo que não pode alcançá-lo se não atribuir faculdades ao juiz de acertar a verdade em cada caso concreto (PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007a, p. 119).

¹⁰ A Justiça não mais se destina apenas a dizer o direito, dirimindo os litígios. Interessa, sim, que esse direito seja realizado concretamente (diante das garantias fundamentais) e que as partes satisfaçam os interesses que as fizeram submeter seu conflito ao Tribunal (justa decisão) (COMMAILLE, Jacques. *A Effectivité*. In: ALLAND, Stéphane Rials et Denis. (dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2003, p. 583).

*composição de litígios*¹¹ cuja motivação seria, para além de uma solução mais célere, menos custosa e com menos formalismos, uma solução mais adequada ao caso concreto.

A mudança de um “modelo litigioso” para um “modelo consensual” e a clara tendência de estruturação de um “*modelo multiportas*” – mais conhecido como *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹² –, como forma de combater a

¹¹ Apesar de ser irrelevante para a temática do presente estudo, vale destacar, “*en passant*”, que existe uma divergência doutrinária em relação as expressões utilizadas para denominar esses “meios consensuais de resolução de conflitos”, variando entre “meios alternativos”, “meios adequados” ou até mesmo “equivalentes jurisdicionais”. Além dessas expressões, também encontramos: “justiça informal”, “justiça negociada”, “justiça amigável”, “justiça acordada”, entre outras. Neste sentido, nas palavras de Neves: “*Registro que não concordo com a parcela doutrinária que prefere renomear a autocomposição e a mediação como “meios adequados” de solução dos conflitos, porque adequado é resolver o conflito, não se devendo afirmar a priori ser um meio mais adequado do que outro. Se esses são os meios adequados, o que seria a jurisdição? O meio inadequado de solução de conflitos? Compreendo que atualmente não seja mais apropriado falar em meios alternativos, o que daria uma ideia de subsidiariedade a tais meios de solução de conflitos, mas, certamente, chamá-los de “meios adequados” não parece ser o mais conveniente. Por isso é preferível denominá-los simplesmente de “equivalentes jurisdicionais”*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 45).

¹² Não adentraremos aqui, pelo pouco espaço que dispomos e por não ser essencial para a problemática que se pretende debater, na origem histórica dos meios alternativos de resolução de conflitos. Mas vale destacar que esse “movimento ADR” surgiu nos Estados Unidos, nas décadas de 1960/1970, como forma de promover o acesso ao direito e à justiça, caracterizando-se pela defesa da existência de um conjunto de outros mecanismos de resolução dos litígios, como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, constituindo estes um sistema alternativo de resolução de conflitos. Nas palavras de Pedroso, Trincão e Dias: “*O movimento ADR propõe novos modelos de resolução de conflitos, mas também novas aplicações para velhos mecanismos de resolução de litígios, uma vez que muitas das técnicas apontadas são bastante antigas. É o caso da arbitragem comercial, que remonta ao século XVIII, ou da mediação, usada há décadas nas relações laborais*” (PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2001. Disponível em: <<https://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019). Agradeço a Catarina Trincão pelo apoio que me deu na elaboração deste texto.

hiperjudicialização¹³, pode ser claramente observável, entre outros ordenamentos¹⁴, nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal.

A observar, inicialmente, o Código de Processo civil brasileiro¹⁵, encontraremos, logo no art. 3º, § 2º, no título “Das normas fundamentais do processo civil”, que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e no § 3º desse mesmo artigo 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”.

Ao longo de todo o Código¹⁶, constata-se, em diversos artigos, a referência aos “meios adequados”, inclusive uma sessão destinada somente para tratar “Dos conciliadores e mediadores judiciais”¹⁷ que passaram a integrar, com o diploma de 2015, o quadro de auxiliares da Justiça¹⁸. Destaca-se, ainda, na sessão que trata dos “Poderes

¹³ O problema da hiperjudicialização é uma realidade em diversos ordenamentos jurídicos. Para uma discussão mais aprofundada sobre a crise da justiça civil, cf.: PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2000. Na Itália, por exemplo, em que pese as diversas reformas processuais e a disposição contida no artigo 111 da Constituição Italiana, ainda se enfrenta o desafio de reduzir o tempo de tramitação do processo judicial. Em 2000, foram apresentados 12.000 recursos na Corte Europeia sob a alegação de violação do princípio da duração razoável do processo e foram diversas as condenações. A longa duração dos processos cíveis chegou a ameaçar de suspensão o direito de voto da Itália no Conselho da Europa. Sobre o assunto, leciona Schenk: “O relatório de abertura dos trabalhos da Corte Europeia, no ano 2000, dedicou um longo parágrafo ao problema da Justiça italiana, com referência às sistemáticas violações do art. 6º da Convenção. Chegou-se a um ponto que a Corte, em inúmeras decisões, praticamente não fundamentava as condenações impostas em razão da longa duração dos processos, por entender existente verdadeira presunção de responsabilidade do Estado” (SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, v. 02, n. 02, a. 2008. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23735/16756>>. Acesso em: 20 dez. 2019).

¹⁴ Nos capítulos seguintes aprofundaremos a temática no ordenamento português.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

¹⁶ Pouco depois da publicação do CPC/2015, foi publicada a Lei nº 13.140/2016, que dispõe acerca da mediação e conciliação entre particulares e no âmbito da administração pública.

¹⁷ A partir do artigo 165 do CPC/BR (BRASIL, 2015).

¹⁸ “Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias” (BRASIL, 2015).

dos deveres e da responsabilidade do juiz”, o inciso V do artigo 139, dispondo que a autocomposição do litígio deve ser incentivada a todo tempo, em qualquer processo ou procedimento, e pode ser alcançada espontaneamente pelas partes ou com o auxílio de terceiros, “*preferencialmente*” por conciliadores ou mediadores judiciais¹⁹.

De uma leitura precípita do referido dispositivo, podemos nos questionar se ele sugere, ao utilizar a expressão “*preferencialmente*” com auxílio de conciliadores, uma possível intenção do legislador de 2015 em retirar das mãos do juiz essa função. Se avançarmos com a leitura do Código até o artigo 359, poderíamos responder tal indagação de forma negativa, tendo em vista o claro papel de conciliador atribuído ao juiz, ao dispor que o juiz tentará conciliar as partes, aberta a audiência, independentemente de tentativas anteriores de outros métodos consensuais²⁰. Contudo, se fizermos uma disquisição mais aprofundada do tema, logo perceberemos que a indagação colocada tem razão de ser e, aqui, encontramos uma das problemáticas que procuraremos trabalhar no presente ensaio, a saber: se o ordenamento brasileiro, talvez com olhos voltados para um futuro próximo, estaria seguindo uma possível “tendência” de retirar do juiz essa incompatível função de julgar e conciliar.

Fazendo um paralelo com o Código de Processo Civil português²¹, é observável que o mesmo não destinou tantas seções e tantos artigos para tratar dos meios consensuais de conflito, mas, em que pese essa “economia” do legislador, os poucos artigos destinados à temática afloram diversas inquietações relacionadas ao protagonismo do juiz como pacificador social. Deter-nos-emos aos incisos III e IV do artigo 359 que dispõem, respectivamente, que “*a tentativa de conciliação é presidida*

¹⁹ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; [...]” (BRASIL, 2015).

²⁰ “Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem” (BRASIL, 2015).

²¹ PORTUGAL. *Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho*. Código de Processo Civil (Novo). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 19 dez. 2019.

pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio” e “frustrando-se, total ou parcialmente, a conciliação, ficam consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio”.

Tecidas algumas considerações acerca da conciliação judicial pelo juiz²² nas legislações de regência da matéria no Brasil e em Portugal, mais precisamente nos arts. 359 do CPC/BR e 594.º do CPC/PT, tentaremos, através de um diálogo entre esses sistemas jurídico-processuais, encontrar respostas para a problematidade do presente estudo que se circunscreve no seguinte dilema: *(i) o que se espera do juiz ou, até mesmo, o que seria um atuar ativamente?; (ii) tal atuação é possível dentro dos limites da garantia da imparcialidade ou estaríamos perante valores inconciliáveis?*

Deter-nos-emos, então, no presente ensaio, em responder tais indagações que, com urgência aflitiva, merecem ser esclarecidas. Isto porque encontra-se diversa bibliografia sobre os meios alternativos ou meios adequados de solução de conflitos, não sendo aparentemente a conciliação judicial o campo atrativo para grandes debates. Contudo, com um olhar mais demorado sobre a temática, poderemos perceber diversos pontos de tensão, nomeadamente em relação aos deveres de imparcialidade do juiz e, inclusive, em relação à (in) viabilidade da figura.

2. Os meios alternativos de resolução de controvérsias

2.1. A conciliação judicial

Antes de adentrarmos na problemática que nos propomos e, partindo-se da premissa que o processo contencioso, por vezes, não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflitos²³, interessa-nos, neste momento, apresentar algumas

²² Importante ressaltarmos que os demais meios autocompositivos ou heterocompositivos não serão objeto de análise no presente trabalho, posto que nos ateremos apenas à problemática do juiz como conciliador.

²³ Preferimos falar da mediação e da conciliação como sendo meios que caminham paralelamente ao processo jurisdicional e, a depender do caso concreto, a solução heterocompositiva pode ser mais benéfica e mais adequada ou não do que a autocomposição. Não defendemos, assim, uma noção

considerações e apontar as principais diferenças entre a mediação e a conciliação²⁴ para que possamos estabelecer premissas fundamentais à compreensão da controvérsia. A distinção entre mediação²⁵ e conciliação é uma tarefa um tanto enfadonha. Alguns autores não vislumbram diferenças substanciais entre elas²⁶ aconselhando, inclusive, a tratar os dois termos como sinônimos.

precípua de prioridade entre um método e outro, mas, sim, qual método seria mais adequado ao caso concreto. Nas palavras de Paula Costa e Silva: “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais” (SILVA, Paula Costa e. A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 35). Ainda sobre esse assunto, Taruffo faz um alerta dos riscos de recorrer-se apenas aos meios alternativos e estes se transformarem na única possibilidade de resolução de conflitos perante o fracasso da administração da justiça pública: “Ora, o problema da sua ineficiência não se resolverá mantendo o sistema público de justiça nessa ineficiência, deslocando as partes para outros meios, mas antes em dotando tal sistema de instrumentos que o tornem eficiente”. Para o autor, a alternativa entre processo jurisdicional e métodos conciliatórios de resolução de conflitos não é rígida, mas o processo civil estatal continua a ser a via mestra de resolução das controvérsias (sendo, aliás, a única via nos casos de direitos indisponíveis), residindo o problema verdadeiramente em assegurar que o mesmo se apresenta como um instrumento eficiente de tutela de direitos (TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas — modelos de resolución de conflictos. In: *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 113-116). Já para Theodoro Júnior, para além de pensar na jurisdição como última via para dimensionar um conflito, hoje é possível pensar que as chamadas técnicas integradas podem ser utilizadas como vias plúrimas e adequadas para a solução mais apropriada quando bem estruturadas e levadas a cabo de modo profissional, independentemente do nível de complexidade do conflito que se apresente (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 224, out. 2013).

²⁴ Apesar da conciliação já ter ganhado importância no Brasil aquando da criação dos Juizados das Pequenas Causas em 1984 e, depois, em 1995, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis – que estabeleceu no art. 2.º da Lei Federal nº 9099/1995 que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 dez. 2019). Ressalta-se que, no presente trabalho, estaremos tratando apenas da conciliação judicial realizada pelo juiz da causa.

²⁵ Para uma caracterização da mediação, cf.: GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. Manuais Universitários. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 47 e ss.

²⁶ FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Nova justiça. Velho idealismo, mediação e conciliação. In: MOREIRA, António José (Coord.). *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 742; e VICENTE, Dário Moura. Mediação comercial internacional. In: *Direito Internacional Privado – Ensaios II*, Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 390.

Não se negando a existência de outros critérios para realizar essa distinção²⁷, usualmente a doutrina agrupa as opiniões com base em dois flancos: (i) o *nível de intervenção do terceiro*; e (ii) o *fato de o terceiro ser o juiz*.

São vários autores que distinguem os institutos com base no primeiro critério²⁸. Neste sentido, o papel do mediador é tomado por uma maior passividade, pois a resolução do conflito se concentra inteiramente nas mãos das partes, sendo o mediador um mero facilitador do diálogo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição. Já na conciliação, ocorre o inverso. A atuação do conciliador é ativa, realizando propostas, apresentando possíveis soluções e sugerindo, inclusive, os seus termos, sempre em cooperação com as partes.

Não corroboramos com este critério para realizar tal diferenciação, uma vez que medir o grau de intervenção de um mediador ou do conciliador é tarefa muito árdua. Como mensurar, na prática, se a conduta de um mediador ultrapassou os “limites” razoáveis na sua intervenção? E mais, o que seria o razoável? Podemos ter mediações sutis e outras com maior nível de intervenções e, ainda assim, estar dentro do permitido ou do razoável. Mas qual é esse critério? Quem fará essa análise? Confiar nessa “*teoria pura do mediador passivo*” é se distanciar, no mínimo, da realidade. Nos parece complicado.

Passando para a segunda diferenciação, a distinção se daria pelo fato de que quem realiza a conciliação tem o poder de posterior decisão, ou seja, o terceiro que auxilia as partes tem posterior poder de decisão sobre o caso, caso a conciliação falhe²⁹. Concordamos com o segundo critério, contudo, faz-se necessário retificar a

²⁷ Podemos citar, por exemplo, Humberto Theodoro Júnior, que distingue a mediação da conciliação levando em consideração o momento em que a solução consensual é realizada, eis que, para o autor, a conciliação consiste na transação obtida perante o juízo, mediante intervenção do juiz junto às partes, enquanto a mediação é a transação realizada fora do processo, sem a intermediação do magistrado (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41).

²⁸ VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação - teoria e prática - guia para utilizadores e profissionais*. 2. ed. Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 54. VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 53.

²⁹ CAMPOS, Joana Paixão. *A conciliação judicial*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009, 94 p, pp. 7-14. Disponível em:

expressão “o fato do terceiro ser juiz”³⁰ por “o fato do terceiro possuir ou não poder decisório”.

Explica-se: a conciliação deve ser entendida como o processo em que as partes são auxiliadas por um terceiro a encontrar uma solução para o seu litígio, sempre que esse terceiro tenha posterior poder de decisão³¹. Caberiam, assim, no conceito de conciliação, para além das tentativas de acordo realizadas pelo juiz no processo judicial ou na arbitragem por um árbitro, as tentativas realizadas por um chefe de dois empregados, se lhe couber a decisão, no caso de eles não chegarem a um acordo, por exemplo³².

Vale destacar que o CPC/BR adota como critério de distinção dois fatores contraditórios entre si, os quais tentaremos demonstrar nas próximas linhas, sendo: (i) o fato de o conciliador poder sugerir soluções para o litígio, enquanto que na mediação as partes que precisam encontrar por si próprias as soluções consensuais; e (ii) o fato de existir ou não vínculo anterior entre as partes, já que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior e o mediador o contrário³³.

Entendemos, dessa maneira, e já fixando a primeira premissa, que a conciliação é realizada sempre por um terceiro que possui posterior poder de decisão. No

<<http://laboratorioral.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/08/A-Concilia%C3%A7%C3%A3o-Judicial.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

³⁰ Em sentido contrário, João Chumbinho associa o conceito da conciliação com a atividade realizada por um juiz (CHUMBINHO, João Rendeiro. *Julgados de paz na prática processual civil*. Lisboa: Quid Juris, 2007, pp. 74 e 77). No mesmo sentido, Couto defende que conciliação é a “transacção obtida por influência do juiz da causa e na sua presença”. Considera que este é o sentido estrito do conceito (COUTO, Margarida Gonçalves. *A tentativa de conciliação na fase do saneamento e condensação*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998, p. 12).

³¹ Gouveia (2014, p. 106) conceitua a conciliação como “as diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes”.

³² PAIXÃO, 2009.

³³ “Art.165. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem; § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015).

presente trabalho, a problemática se desenrola quando esse terceiro intermediário é o juiz, que vai decidir a causa, na hipótese de o acordo não ser celebrado³⁴. Na tentativa de obtenção de algumas respostas nesta matéria, para além de analisar brevemente como a figura está positivada no Brasil, tomaremos como referência o art. 594.º do CPC português e o confrontaremos quer com as redações anteriores, quer com a razão de ser de sua positivação desde Alberto dos Reis.

2.2. A positivação na República Federativa Brasileira

Fazendo um breve retrospecto necessário, podemos afirmar que a conciliação ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 1932³⁵, mais especificamente no Processo do Trabalho, através das Comissões Mistas de Conciliação e das Juntas de Conciliação e Julgamento. Já no Processo Civil apareceu em 1949, através da Lei nº 968, restrita ao desquite e aos alimentos. Tal disposição permaneceu da mesma forma com o Código de 1939³⁶ que não inovou no tema. As modificações começaram a ocorrer com o CPC/BR de 1973³⁷, passando pela criação dos Juizados de Pequenas Causas³⁸, Constituição da República de 1988 – que a mencionava em seu art. 98 –,

³⁴ Calamandrei dá À conciliação um outro sentido, considerando-a como um complemento útil da legalidade. “A função do conciliador deve consistir em eliminar os atritos entre os litigantes, em fazer desaparecer os mal entendidos que são muitas vezes a causa única do pleito, em estimular o sentimento da solidariedade humana, de modo que as partes sejam induzidas a encontrar por si a solução justa do conflito. A função conciliadora deve ajudar os particulares, não a postergar o direito, mas a achar por si o próprio direito” (CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Parte I. 2. ed. Padova: Cedam, 1943, p. 79).

³⁵ Se quisermos ir mais longe, vale destacar que, desde a Constituição do Império de 1824, falava-se de resolução consensual de conflitos, mais especificamente no artigo 161 que dispunha que o processo não começaria se antes não se buscasse a conciliação e, em seu artigo 162, afirmando que competiria ao juiz de paz conciliar as partes. Para um estudo aprofundado sobre o histórico da conciliação no Brasil, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve Notícia sobre la Conciliación em el Proceso Civil Brasileño. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 95-102.

³⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019. Em sua redação original, no artigo 447, previu a conciliação nas causas de família e de direitos patrimoniais privados antes do início da audiência de instrução e julgamento.

³⁸ BRASIL. *Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984*. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019.

criação do Juizados Especiais com a Lei 9.099, até chegarmos na positivação atual³⁹ com o Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Um dos pontos destacados pela Exposição de Motivos⁴⁰ do anteprojeto foi a ênfase à conciliação e à mediação como forma de proporcionar uma solução satisfativa ao conflito.

No diploma processual atual e, para a problemática que nos inquieta, devemos destacar dois artigos que tratam da conciliação em audiência: o art. 359, inserido no capítulo XI que trata da Audiência de Instrução e Julgamento e que dispõe que o juiz tentará conciliar as partes, aberta a audiência, independentemente de tentativas anteriores de outros métodos consensuais; e o art. 334, que trata da audiência de conciliação ou de mediação, realizada antes mesmo da citação do réu⁴¹.

Podemos concluir da leitura desses dispositivos, de forma clara, que a audiência inaugural do art. 334⁴² pode ser de conciliação e mediação, ao passo que, na audiência de instrução e julgamento do art. 359, o juiz *apenas* tentará a *conciliação*. Ora, há poucas linhas acima, observamos que os critérios que distinguem a mediação

³⁹ Pelas poucas linhas destinadas ao presente estudo, não iremos abordar de forma fiel a evolução cronológica da mediação e da conciliação no Brasil.

⁴⁰ BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de processo civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

⁴¹ “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (BRASIL, 2015). O § 4º do mesmo artigo prescreve que: “A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição”. Daí porque se diz que a audiência de conciliação ou mediação é “quase uma etapa” do processo, visto que, não ocorrendo nenhuma das exceções previstas na lei, a sessão será realizada.

⁴² A título de comparação, podemos citar a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, que prevê uma audiência previa em que decorrerá uma tentativa de conciliação entre as partes, onde o juiz indagará se as partes chegaram a um acordo ou se se mostram dispostas a concluí-lo de imediato, sob pena da audiência prosseguir (arts. 414 e 415). Não é feita qualquer referência à intervenção ativa do juiz nem a que a mesma seja norteadada pela obtenção da solução de equidade (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>>. Acesso em: 22 dez. 2019). O atual *Codice di procedura Civile* prevê que o juiz, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, pode convocar as partes para realização de uma tentativa de conciliação em qualquer fase do processo, podendo renovar-se a tentativa de conciliação durante a fase da instrução (ITÁLIA. *Codice di procedura civile*: R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443. Disponível em: <<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/>>. Acesso em: 22 dez. 2019). E, por sua vez, o *Code de Procédure Civile* prevê a realização da conciliação, ao longo de todo o processo, por iniciativa das partes ou do juiz (art. 127 a 130) (FRANÇA. *Code de procédure civile*: version consolidée au 29 mai 2020. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 22 dez. 2019).

da conciliação são exatamente (i) o fato de o terceiro poder ou não sugerir soluções para o litígio e (ii) o fato de existir ou não vínculo anterior entre as partes.

Neste sentido, chegado o momento da audiência de Instrução e Julgamento do art. 359, na qual o juiz apenas poderá tentar a *conciliação*, pergunta-se: e se as partes possuírem um vínculo anterior entre elas? O juiz, neste caso, não deveria optar pela mediação? Se assim o fizesse, poderia sugerir soluções de forma ativa? Estas e outras várias perguntas não foram respondidas pelo legislador de 2015 que parece, ao nosso ver, ter tratado o tema de forma equivocada tanto nos dispositivos acima mencionados, como ao tratar dos critérios de diferenciação entre a mediação e a conciliação.

2.3. A positivação da figura desde Alberto dos Reis

Para entendermos a redação do atual art. 594.^o do CPC/PT, especialmente os seus parágrafos nº 3 e 4, é imperioso retomarmos brevemente, sob pena de ser muito descritiva, aos estudos preparatórios dos Códigos de Processo Civil anteriores ao diploma de 2013. Isto porque, sendo o Direito fenômeno cultural⁴³, ao longo da história ele foi se desenvolvendo e se estruturando de acordo com a realidade social e política de cada época⁴⁴. Não foi diferente com o Direito Processual Civil que

⁴³ No tocante ao direito como fenômeno cultural, parafraseando Castanheira Neves que afirmou que os pensamentos jurídicos se revelam entidades culturalmente históricas, fruto da concepção do direito e dos objetivos específicos que ele se orienta em cada época. Conforme o autor: “*não poderá estranhar-se que os pensamentos jurídicos romano, medieval, moderno-iluminista e actual se não confundam – são diferentes na sua intencionalidade e na sua modalidade metódica, na índole da sua racionalidade e no seu tipo específico de juízo*” (NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 13).

⁴⁴ Nesta temática, não podemos deixar de transcrever as sábias palavras de Daniel Mitidiero: “Partindo-se dessa perspectiva cultural, compreendem-se facilmente as razões pelas quais o direito processual civil tenha experimentado diferentes perspectivas metodológicas, já que toda experiência nesse fecundo campo encerra um modo de ver e trabalhar com o processo, evidentemente condicionada à cultura social historicamente considerada – já que essa opera mesmo como uma lente através da qual o homem vê o mundo” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 26).

vivenciou diversas fases e foi se adaptando e se moldando conforme o contexto histórico em que estava inserido⁴⁵.

Nessa perspectiva, a atual conjuntura jurídica é resultado de um longo desenvolvimento histórico⁴⁶ e, por essa razão, não podemos deixar de analisar, ainda que de forma breve, a positivação do instituto nas diferentes reformas que o Direito Processual Civil português vivenciou, uma vez que só saberemos manejar de forma adequada os diversos institutos processuais da atualidade e, principalmente, concretizarmos alguma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, se fizermos uma análise das transformações, avanços e retrocessos de cada reforma vivenciada até aqui. Para cumprir o que nos propomos, de antemão pedimos *excusas* por uma leitura um tanto quanto “*penosa*” dos dispositivos legais que nos depararemos nas próximas linhas, mas de relevância indispensável para compreensão do tema.

Pois bem, a conciliação judicial foi inserida no ordenamento português desde os primeiros momentos do movimento de reformas processuais dos novecentos⁴⁷ e, daquela altura até a fase atual, tivemos consideráveis alterações relacionadas com (i) *o momento que ocorrerá a tentativa de conciliação*; (ii) *a sua faculdade ou obrigatoriedade*; (iii) *o acréscimo da busca de uma solução de equidade*; (iv) *a exigência do empenho ativo do juiz*; e, por fim, (v) *a consignação em ata das propostas realizadas, bem como os motivos que justificaram a permanência do litígio*.

⁴⁵ De acordo com Carlos Alberto de Oliveira, a maneira como a sociedade está organizada política, social e economicamente tem grande influência na estruturação do Direito e, portanto, do processo. Isto porque o processo, assim como o Direito, é produto do homem – não existe *in res natura* –, é fruto da cultura humana e de suas experiências (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 104, 2006, p. 58).

⁴⁶ Sobre o assunto, Dinamarco afirma que a leitura a ser feita dos princípios processuais constitucionais da atualidade está totalmente ligada à evolução das ideias políticas e das formas de convivência em sociedade em cada época e, por isso, é necessário fazer uma interpretação evolutiva dos princípios e garantias constitucionais no processo civil (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246).

⁴⁷ Vale ressaltar que, tempos antes, já nas Ordenações Filipinas, L. 3.ª, Título 20, § 1.º, era feita expressa menção à conveniência das partes não gastarem “suas fazendas” pois “o vencimento da causa é sempre duvidoso”. Não iremos tão longe nesta ordem cronológica por falta de espaço nas poucas linhas que nos restam.

A ideia da tentativa de conciliação por iniciativa do juiz, embora sem a precisão do momento processual em que deveria ser feita e sendo meramente *facultativa*, provinha do Decreto nº 12.353 (art. 28.º, n.º 4) transmitido ao Decreto n.º 21.287 (art. 15.º, n.º 4), dispondo que “*Compete especialmente ao juiz, determinar a comparência pessoal das partes quando o julgue conveniente ou para tentar a conciliação ou para as ouvir sobre os factos essenciais da causa, sob pena de vir a ser considerada litigante de má-fé, se decair, a parte que faltar sem motivo justificado*”⁴⁸.

Foi no Projeto do Código de 1939 de Alberto dos Reis, mais especificamente no art. 450.⁴⁹, que ocorreu a transição da tentativa de conciliação da fase explanatória dos articulados para o momento do saneamento e condensação do processo ou do julgamento antecipado da lide, estando assim redigido: “*Quando o despacho saneador não puser termo ao processo, o juiz, se julgar conveniente, tenta a conciliação ou ouvir as partes sobre os factos essenciais da causa, convocá-las-á para comparecerem perante ele dentro de oito dias*”⁵⁰.

Curiosamente, em que pese a redação do art. 450.º supracitado ter se pronunciado no sentido de se manter o carácter facultativo da conciliação, veio a ser-lhe atribuída, quase inexplicavelmente, no Código de 1939, natureza *obrigatória*, como resulta do teor do art. 513.⁵¹ que dizia “*Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista obter uma solução de equidade*”⁵², carácter que se manteve no art. 509.º do Código de 1961⁵³.

O fato do Código de 1961⁵⁴ ter mantido a obrigatoriedade é um caso curioso. Aliás, a cada reforma, o legislador português exigia mais empenho do juiz na função

⁴⁸ Disponível no Diário da República Eletrónico: <<https://dre.pt/>>. Acesso em 10 dez. de 2019.

⁴⁹ Em relação ao Projeto de Alberto dos Reis, podemos extrair diversas divergências e posicionamentos contrários a determinadas redações, assunto que abordaremos nos próximos tópicos.

⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO e Nora. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

⁵¹ Decreto-Lei 29.637.

⁵² Da leitura do referido artigo, podemos perceber também a novidade inserida, qual seja, *a busca da solução de equidade*.

⁵³ Nesse sentido, cf.: REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 175.

⁵⁴ Instituído pelo Decreto-Lei 44.129, de 28 de dezembro de 1961 (PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 44129 de 28-12-1961*. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/>>

de conciliador, indo de encontro ao que acontecia nos Tribunais. Isto porque, desde o CPC/PT de 1939, já se vivenciava um cenário gritante no Judiciário português de inexistência e, muitas vezes, de pressão sobre as partes para induzi-las a terminar os processos por acordo. Tal afirmação pode ser corroborada inclusive com a leitura do Relatório do Preâmbulo⁵⁵ do Decreto-Lei 44.129, subscrito por ANTUNES VARELA, no qual manteve-se a função conciliatória do juiz da causa, mas se estabeleceu para o efeito determinadas limitações com o propósito de coibir abusos em que alguns recaíram, quais sejam: (i) o não adiamento da audiência preparatória por falta de qualquer das partes (sendo interpretada como falta de interesse da parte na conciliação); e, além disso, (ii) o fato de as partes não poderem ser convocadas para o único fim de se tentar conciliar mais de uma vez.

De todas as alterações até aqui comentadas, podemos dizer que foi a Reforma de 1995/1996 que significou realmente uma ruptura ideológica com o CPC/PT de 1939, atribuindo ao juiz um papel dirigente e ativo. Consequentemente, essa atribuição refletiu-se na tentativa de conciliação que, a partir da reforma, acrescentou ao art. 509.º o n.º 4, que dispõe: “*frustrando-se a conciliação, deverá ficar consignada em ata os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistencia o litígio*”.

</search/437383/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA%C2%A044129+de+28-12-1961>>. Acesso em: 23 dez. 2019).

⁵⁵ Lia-se: “[...] De resto, logo a primeira reforma de 1926 transferiu para o juiz da causa a função de conciliar as partes na pendência da acção, o que supriria, em qualquer caso, a falta da tentativa preliminar de conciliação. Entendeu-se, assim, que a matéria poderia ser eliminada do Código, sem nenhum inconveniente sério. Mantém-se entretanto a função conciliatória do juiz da causa, mas estabelecem-se para o efeito determinadas limitações, com vista a coibir abusos em que alguns recaíram. A audiência preparatória, embora continue a principiar, em regra, por uma tentativa de conciliação, não é adiada por falta de qualquer das partes ou do seu mandatário especial. A falta é, no fundo, tomada como sintoma de que a parte não está interessada na conciliação. Além disso, a convocação das partes para o fim único de se tentar conciliá-las não pode ter lugar mais de uma vez” (PORTUGAL, 1961). Neste mesmo sentido, Cardoso também afirmava não haver dúvida, em relação ao CPC de 1939, de que as disposições relativas à tentativa de conciliação tinham dado lugar a abusos (CARDOSO, Eurico Lopes. *Projectos de Revisão do Código de Processo Civil*. Vol III, n.º 32. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1960, p. 142).

Acompanhando a tendência de uma visão mais publicista do processo, o CPC/PT de 2013 regulou a matéria⁵⁶ nos artigos 594.º, 591.º, n.º 1, alínea a)⁵⁷, e 604.º, n.º 2⁵⁸, reforçando o âmbito de intervenção do juiz e exigindo do mesmo um esforço sério e efetivo na autocomposição das partes. Acrescentou-se, na redação, a expressão “*empenhando-se ativamente*”, não podendo mais o juiz adotar uma postura passiva de mera indagação das partes sobre eventual possibilidade de conciliação. O papel ativo do juiz passou a constituir um dever, sendo que anteriormente não estava cominado como tal⁵⁹.

Deste novo protagonismo do juiz, elevado como nunca a uma posição de pacificador social, emergem várias questões sensíveis as quais finalmente abordaremos no próximo capítulo.

3. O papel do juiz conciliador

Partindo do critério de distinção adotado nas linhas acima, qual seja, de que o terceiro intermediário na conciliação é quem possui poder decisório e, circunscrevendo a temática sob a ótica do juiz, é imperioso indagarmos se essa função de conciliador não afetaria, de alguma forma, a sua imparcialidade. Para encontrarmos respostas, recorreremos mais uma vez às lições de ALBERTO DOS REIS. O

⁵⁶ Quanto aos julgados de paz, a conciliação é regulada pelo artigo 26.º da Lei dos Julgados de Paz que dispõe que “compete ao juiz de paz proferir, de acordo com a lei ou equidade, as decisões relativas a questões que sejam submetidas aos julgados de paz, devendo, previamente, procurar conciliar as partes” (PORTUGAL. *Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho*. Julgados de Paz. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=724&tabela=leis>. Acesso em: 23 dez. 2019).

⁵⁷ “Artigo 591.º Audiência prévia: 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º” (PORTUGAL, 2013).

⁵⁸ “Artigo 604.º - Tentativa de conciliação e demais atos a praticar na audiência final: 2 - O juiz procurará conciliar as partes, se a causa estiver no âmbito do seu poder de disposição” (PORTUGAL, 2013).

⁵⁹ Vaz fala em natureza verdadeiramente anômala (e até um tanto contraditória) das conciliações obtidas por imposição mais ou menos aberta dos juízes e dos conciliadores em geral. Fala em “autêntica degenerescência do conceito histórico genuíno e das finalidades transcendentais da conciliação moderna” (VAZ, Alexandre Mario Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na conciliação judicial*. Vol. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1976).

insigne processualista português, já em tempos mais recuados, apontava-nos as críticas e preocupações apresentadas pela Comissão Revisora do Código de 1939, mais especificamente por BARBOSA DE MAGALHÃES que, por sua vez, criticava a redação do art. 450.º e sua previsão da conciliação feita pelo juiz com base em duas premissas

A primeira, sob a ótica do juiz: (i) *“O juiz seria a entidade menos própria para tentar a conciliação, pois raros são os que tenham o tacto, a prudência, a habilidade necessárias para não dar a conhecer a sua predisposição, que pode resultar ou do estudo do processo, mas feito numa altura em que ele juiz não pode conhecer perfeitamente quais os elementos de fato e de direito de que as partes podem dispor, ou de sentimento de ordem pessoal, cuja força não possa vencer”*.

E a segunda, sob a ótica das partes: (ii) *“dada a sua autoridade e o seu poder, as partes, e até por vezes os advogados, sentem-se numa situação embaraçosa e difícil para resistir quer aos conselhos, quer às solicitações, quer às instâncias, quer às ameaças que ele empregue quando esteja com a ideia fixa de conseguir a conciliação. São de recear abusos demarcados por parte do magistrado. Cria-se às partes uma situação difícil: ou resistem e o juiz fica indisposto, ou cedem e a conciliação reveste o carácter duma imposição”*⁶⁰.

Em sentido contrário, acreditando na conciliação realizada pelo juiz da causa e criticando a conciliação realizada pelo juiz de paz, ALBERTO DOS REIS afirmava ser *“o juiz, por via de regra, a pessoa mais idónea para conduzir as partes a uma conciliação razoável”* pela sua posição na causa e *“porque a lei e a realidade dos factos o colocam acima das paixões e interesses que estão em jogo e em conflito”*⁶¹.

Além disso e de uma forma mais alargada, justificava o papel de conciliador do juiz por várias ordens de razões, designadamente: *“(i) pela percepção que oferece de imparcialidade e independência, o que lhe confere autoridade moral; (ii) pela sua relação institucional com o sistema de justiça que reforça a garantia do cumprimento dos princípios processuais; (iii) pelas qualidades e aptidões que, naturalmente, detém*

⁶⁰ Nas palavras de Barbosa de Magalhães, Estudos sobre o Código de Processo Civil, 1º, pp. 56-57 apud REIS, 1950, pp. 173-174.

⁶¹ REIS, 1950, pp.178 e ss.

pela experiência de lidar com conflitos similares; e (iv) pelo conhecimento que tem da lei”⁶².

Para o processualista, se os advogados, que possuem completo interesse e sincero empenho em obter o resultado desejado, conseguem conciliar as partes, porque não *“há-de ser capaz de o fazer o juiz, que não está envolvido directamente na luta, nem tem, em regra, motivos pessoais para fazer triunfar determinada solução?”⁶³*

Apesar de toda a discussão e críticas feitas ao art. 450, este foi aceito pela Comissão Revisora, que considerou que eventuais abusos do poder de conciliação cometidos por juízes poderiam ser eficazmente combatidos pelos advogados e, além disso, as vantagens da composição amigável sobre o julgamento contencioso da ação deveriam prevalecer.

Corroboramos com todas as inquietações apresentadas por BARBOSA DE MAGALHÃES e, diante delas, podemos perceber que toda a problemática gira em torno do perigo de um atuar parcial ou até mesmo de abusos por parte do juiz. Neste cenário, como pontuam VARANO e SIMONI, vários fatores indicam problemas na conciliação levada a cabo pelo juiz, pois, por um lado, a fim de realizar com sucesso uma atividade de conciliador, são necessários tempo, paciência e uma atitude positiva. A tarefa é, obviamente, muito difícil para os tribunais que estão sobrecarregados e superlotados. Por outro lado, a ideia da conciliação conduzida pelo juiz coloca este último em uma posição, de algum modo, ambígua, que pode induzir a uma desconfiança e causar a resistência das partes⁶⁴.

Diante desses argumentos, podemos perceber que a problemática principal se circunscreve em saber se seria possível um juiz empenhar-se ativamente na busca de uma solução de equidade sem que tal conduta ultrapasse a barreira da imparcialidade.

⁶² REIS, 1950, pp.178 e ss.

⁶³ REIS, 1950, p. 180.

⁶⁴ Essa é a razão pela qual certos experimentos parecem ser preferíveis, como os utilizados na França ou na Alemanha, onde o juiz pode remeter as partes para fora do processo de resolução judicial (VARANO, Vincenzo; SIMONI, Alessandro. *Italian National Report. Dispute Resolution in Different Societies: Formal and Informal Procedures. Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, 18-21 set. 2012. Moscou: Conference Book/Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. Moscou: Statut, 2012, p. 43).*

3.1. A imparcialidade e o empenho ativo do juiz

Para desenvolvermos uma possível resposta para a pergunta acima, caso seja possível encontrá-la, precisaremos destrinchar a problemática em duas partes: (i) a imparcialidade e (ii) qual a razão de ser da consignação em ata. Sumarizadas, cumpre detalhá-las e enfrentá-las.

Primeiro, trataremos da imparcialidade.

O debate sobre o desempenho de funções processuais e potencial parcialidade é uma discussão muito antiga. Muitos já foram os que tentaram disciplinar, doutrinariamente, o exercício da função judicante com a preservação da sua imparcialidade. Ocorre que toda as obras tratam, por sua vez, do papel do magistrado, sobretudo na instrução probatória, principalmente na produção de prova *ex officio*, mas, sob a perspectiva do juiz como conciliador, pouco se encontra.

É preciso ressaltar que não somos partidários da doutrina que relaciona diretamente o aumento de poderes do juiz com a quebra da sua imparcialidade⁶⁵. Nesse assunto, inteira razão assiste MIGUEL MESQUITA quando afirma que a imparcialidade não restará afetada se o juiz exercer seus poderes de forma *objetiva*, não demonstrando preferência por uma das partes⁶⁶. O problema que se coloca é justamente o fato da conduta do juiz conciliador quando decide influenciado por um pré-julgamento criado na audiência de conciliação –, ser algo *subjetivo, intrínseco* a ele e, por isso, de difícil aferição⁶⁷.

⁶⁵ Doutrina defendida por alguns estudiosos, como Juan Montero Aroca (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal) e Franco Cipriani (Itália), denominada de “garantismo processual”, que sustenta a ideia de correlação entre maiores poderes para o juiz e o autoritarismo e, sendo assim, pretendem defender o cidadão dos abusos do Estado. Em sentido contrário e conforme nosso entendimento, Picó I Junoy destaca que o aumento de poderes instrutórios ao juiz, por exemplo, não significa afetar a sua imparcialidade, tendo em vista que as provas produzidas não pertencem nem ao autor, nem ao réu, mas, sim, ao processo, auxiliando o juiz no alcance da decisão justa (PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatória del juez civil: un debate mal planteado. In: *Revista Uruguaya de derecho procesal*, n. 03, Montevideo, 2007b, pp. 576-578).

⁶⁶ MESQUITA, Luis Miguel Andrade de. Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145, n.º 3995, Coimbra, nov/dez 2015, p. 100.

⁶⁷ Nas palavras de Friede: “a capacidade subjetiva do julgador se constitui, inegavelmente, em um elemento subjetivo complexo, no mínimo, de difícil aferição” (FRIEDE, Reis. *Vícios de capacidade*

Para melhor explicarmos o caráter subjetivo de atuação que estamos nos referindo, usaremos como premissa a definição utilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶⁸ que, na questão da imparcialidade, a divide numa perspectiva objetiva e subjetiva. A primeira diz respeito às garantias que um juiz deve gozar em sua atuação, aquelas que o Tribunal oferece, através da sua composição, para excluir qualquer dúvida quanto a sua imparcialidade. A segunda diz respeito às convicções pessoais e o comportamento do juiz em determinado caso, a fim de saber se o mesmo evidencia um preconceito pessoal no processo. É dizer que: supõe que sejam excluídas qualquer opinião interna do juiz de “*cualquier perjuicio indebidamente adquirido*”, como, por exemplo, o conhecimento prévio do “*thema decidendi*”⁶⁹. A imparcialidade subjetiva do magistrado presume-se até prova em contrário e aqui está o nosso problema. Comprovar a imparcialidade subjetiva do juiz é tarefa árdua, justamente pelo fato de dizer respeito ao seu foro íntimo, interno.

O que fere, ao nosso entender, a imparcialidade do juiz – e aqui não se está discutindo a *imparcialidade* (com T – ou *terzietà*)⁷⁰ –, é justamente o pré-julgamento realizado (algo subjetivo). Como garantir o real distanciamento do magistrado em

subjetiva do Julgador: Do impedimento e da Suspeição do Magistrado. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 45).

⁶⁸ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na proclamação feita pela Assembléia-Geral das Nações Unidas (ONU) reunida em Paris, em 10 de dezembro 1948, também proclama, em termos internacionais, a garantia da ampla imparcialidade dos julgamentos dos órgãos jurisdicionais competentes, estabelecendo, expressamente, que: “*Art. 10. Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial para a determinação de seus direitos e obrigações*” (NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso: 5 dez. 2019).

⁶⁹ Também neste sentido, a STC 157/1993 do Tribunal Constitucional Espanhol, que expõe a necessidade de evitar prevenções e pré-juízos que possam derivar de uma “*relación o contacto previo con el objeto del proceso*” (VALENZUELA, José Antonio Nolasco. *El juez penal*. Lima: Ara Editores, Lima, 2012, p. 136).

⁷⁰ É comum na doutrina associar a imparcialidade com a exigência de o juiz não ser parte no processo, ou seja, que seja um terceiro na disputa, que não participe do conflito. Nesse sentido, cf.: AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1999, pp. 186-187. “*Es decir, que sea ajeno a los intereses de las partes: lo que la doctrina italiana ha denominado terzietà o estraneità del giudice nei confronti degli interessi in causa, traducido como desinterés objetivo*” (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 69). A *imparcialidade* é um atuar como postura de “não parte” que vedaria ao magistrado qualquer função típica das partes. Acerca do tema, cf.: CABRAL, Antônio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade*. In: DIDIER, Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

relação às paixões trazidas pelas partes (e de suas próprias) após ter se empenhado ativamente na busca da autocomposição⁷¹?

É cediço que a boa regra diz que o juiz, ao tentar conciliar as partes, não deve externalizar suas pré-compreensões sobre a demanda, nem se inclinar para o lado de qualquer das partes sob pena de imparcialidade. Ora, se o papel ativo na tentativa de conciliação é do juiz, se o preceito legal colocou o julgador como impulsionador da tentativa, como responsável por promovê-la – “*O juiz procurará conciliar as partes*” – , como cumprir esse papel sem vilipendiar o princípio da imparcialidade? Como não se envolver, como não ser tendencioso para autor ou réu após ter assistido, ou melhor, ter dirigido toda uma audiência?

E mais: como as partes, no caso de uma possível parcialidade oriunda do dever de conciliar, poderão afirmar, com certeza e segurança, que um juiz está atuando de forma parcial? Nós não temos critérios nem uma atuação objetiva para identificar, por exemplo, um despacho saneador proferido de forma *contaminada* pelo juiz, após ter dirigido a tentativa frustrada de conciliação. É que dificilmente a quebra da imparcialidade será detectada, pois é algo intrínseco ao julgador, algo que está dentro da sua mente⁷²⁻⁷³.

Para além do empenho ativo do conciliador e a sua imparcialidade, não podemos deixar de citar o problema do pré-julgamento⁷⁴. Ainda que não o faça de forma consciente, o magistrado pode acabar decidindo com base em juízo de valor criado na audiência, momento o qual ainda é cedo para fazê-lo. Por não ser uma máquina, já se torna complicado para o juiz isolar-se da gama de valores e angústias,

⁷¹ FRIEDE, 1996, p. 6.

⁷² SOUZA, Luis Felipe de. O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. In: *Revista Julgar*, n. 23, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

⁷³ Em sentido contrário, Nery Júnior e Nery, entendem que a atividade de tentar conciliar decorre do próprio ofício do magistrado e, sendo assim, “*não pode ser vista como caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem de prejulgamento da causa*” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil: novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 584).

⁷⁴ “*Pre-juicio significa juzgar de algo antes de tener todos los datos necessários para ello, es decir, haberse formado una opinión de modo precipitado o sin haber conocido todos los elementos que há de servir para formar la conviccion*” (AROCA, 1999, p. 34).

aspirações inerentes à natureza humana que fazem parte do cotidiano que ele próprio faz parte. Nessa direção, como ele não se contaminará e não formará juízos de valor com base nos debates e nas propostas realizadas em audiência? As pré-compreensões, abertas ou camufladas, precisam necessariamente ser evitadas, sob pena de imparcialidade, o que nos parece complicado, tendo em vista a natureza humana que lhe é inerente.

3.2. A consignação em ata

Outro ponto merecedor de críticas no presente assunto é o n.º 4 do art. 494.º, quando o legislador diz que “*ficarão consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio*”. O ilustre processualista LEBRE DE FREITAS⁷⁵ vê a opção da lei portuguesa com olhar crítico, assinalando especialmente que a obrigação de ficarem consignadas em ata as soluções sugeridas pelo juiz pode comprometer psicologicamente a sua liberdade de apreciação ao final e, para além disso, influenciar a postura das partes.

Isso porque, quando o legislador diz que “*ficarão consignadas em ata*”, tal comando pode gerar uma reação negativa, pois, sabendo disso, será que as partes irão mostrar todo “*o jogo*”, irão se utilizar 100% dos argumentos guardados para a causa? Será que não ficarão coagidas sabendo que o juiz poderá valer-se dos aspectos ali discutidos quando promover a valoração do julgamento?

Na hora de fazer um “*bom negócio*”, de fazer o melhor acordo possível, as partes e seus advogados se valem de todas as técnicas de negociação e de todas as estratégias para alcançar aquele fim. Mas, questionemo-nos, pois, se estando diante do terceiro que irá julgar o caso, será mesmo que teríamos a mesma postura que se estivéssemos perante um terceiro designado apenas para conciliar?

Para que serve esta solução? De nada adiantará à causa, gerando apenas um risco de pressão sobre as partes. Nas brilhantes palavras de Joana Paixão: “*se o terceiro*

⁷⁵ FREITAS, José Lebre de. Sobre o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.oa.pt/>.

intermediário é o juiz que vai decidir a causa no caso de não ser alcançado um acordo, as partes não se sentem à vontade para expor os seus verdadeiros interesses e até factos que são relevantes, mas não quiseram revelar nas alegações. Sabem que estão perante quem vai decidir e, apesar de não poderem ser utilizadas na decisão aquelas informações, não é possível apagá-las do espírito do juiz”⁷⁶.

4. O regime dos impedimentos e da suspeição: garantia da imparcialidade?

Pois bem. Visto que a imparcialidade é algo subjetivo, a lei tentou, através de algumas garantias constitucionais⁷⁷, objetivá-la, estabelecendo uma relação de situações de constatação puramente objetiva, as quais visam dar-lhe total independência de certos fatores que poderiam influenciá-lo psicologicamente no julgamento, tornando-o parcial.

Além das providências constitucionais mencionadas, temos diversas regras que consideram o juiz *impedido* ou *suspeito* para atuar no processo, sendo conhecidas, de forma genérica, como *vícios de capacidade subjetiva do julgador*⁷⁸ e, apesar das diferenças determinadas pelo legislador, ambos caracterizam defeitos graves de imparcialidade. Sendo assim, diante de alguma das situações especificadas na lei e para dar segurança jurídica aos litigantes, o juiz deve se declarar impedido ou suspeito ou, caso não o faça espontaneamente, as partes podem impugnar a sua presença como juiz da causa. Isto porque, nas palavras de DINAMARCO: “*só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e*

⁷⁶ PAIXÃO, 2009, pp.7-14.

⁷⁷ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade; II – inamovibilidade; III – irredutibilidade de subsídio. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988).

⁷⁸ O Código de Processo Civil brasileiro trata dos impedimentos e da supeição a partir do art. 144 (BRASIL, 2015), enquanto o Código de Processo Civil português aborda a partir do art. 115 (PORTUGAL, 2013).

*somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça*⁷⁹.

Nesse assunto e a título de breve comparação, podemos citar o ordenamento espanhol e a figura da “*abstención*” como dever dos juízes e a “*recusación*” como um direito processual das partes – ambos utilizados como instrumentos destinados a garantir o direito de todas as pessoas a serem julgadas por juízes e magistrados imparciais. Em outras palavras, a abstenção e a recusação supõem uma dupla garantia “(i) *Para el juez, al objeto de evitar que sus sentimientos personales (de afecto, odio, interés y otros) le impidan intervenir con rectitud, ecuanimidad y objetividad en un concreto proceso; (ii) Para el justiciable, al objeto de soslayar el temor de que un determinado juez no está actuando con la debida imparcialidad*”⁸⁰.

Podemos dizer que, de forma genérica, quando o magistrado possui interesse relacionado com o objeto do processo, estamos diante de uma situação de impedimento, ao passo que, quando existir vínculo com qualquer das partes, se caracteriza a suspeição. Em relação aos impedimentos, não resta muita dúvida quanto a sua aferição, sendo situações de fácil constatação, de presunção absoluta, constituindo vedações insuperáveis. O problema se coloca nas situações de suspeição, pois estamos diante apenas de uma *suspeita de parcialidade*, que apenas irá obstar o juiz de exercer suas funções jurisdicionais quando ele reconhecer tal condição ou for julgado suspeito, sendo, portanto, uma presunção relativa.

Sem contar que o juiz que receber o incidente dificilmente ou raramente irá assumir ou concordar com a suspeição alegada, tendo em vista que tal atitude poderá afetar a sua própria imagem e reputação. Diante de tal situação e sob a ótica do juiz, a “brecha” que encontramos no ordenamento brasileiro para refutarmos à conduta de um magistrado que está tendencioso a cometer eventual parcialidade, mas, contudo,

⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.53.

⁸⁰ PICÓ Y JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Ed. Bosch, 1998, p. 27.

não deseja “manchar” a sua reputação, seria através do art. 145 do CPC/BR, podendo o juiz declarar-se suspeito por motivo de *foro íntimo*, sem necessidade de declarar suas razões. Já sob a ótica das partes, o sistema de suspeição brasileiro é muito restritivo na hora de normatizar os instrumentos aptos a garantir o exercício do direito fundamental, sendo, por conseguinte, falho.

Outro ponto que merece reflexão é o art. 167, § 5º, ao prever que os conciliadores e mediadores judiciais, se advogados, estarão *impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções*. De uma analogia simples, podemos perceber a incongruência do legislador, pois, se o próprio advogado fica impedido de atuar no mesmo juízo o qual conciliou, imaginemos um juiz que irá empenhar-se ativamente na busca de algo e depois julgar.

O Código de Processo Civil português, por sua vez, dentro do título “*Das garantias da imparcialidade*” dispõe no art. 115.º que “*nenhum juiz pode exercer as suas funções, em jurisdição contenciosa ou voluntária [...]*” e, na “*alínea c*”, especifica “*quando tenha intervindo na causa como mandatário ou perito ou quando haja que decidir sobre questão que tenha dado parecer ou se tenha pronunciado, ainda que oralmente*”. Ora, o que faz o juiz no empenho ativo na busca da solução de equidade que não seja *se pronunciar oralmente*?! Defendemos, dessa maneira, que essa seria uma possível solução para os casos em que as partes suspeitem de determinada parcialidade do juiz, oriunda de tudo que ocorreu na tentativa frustrada de conciliação, para afastar aquele juiz da causa, alegando, assim, o seu impedimento.

Por fim, impende registrar que a lei processual em vigor não prevê nenhum tipo de sanção efetiva para o caso de o magistrado simplesmente ignorar o mandamento legal e deixar de declinar quanto ao dever de se afastar do julgamento, o que acaba por desvalorizar a utilização desses institutos.

enota-se, assim, perante este complicado equilíbrio entre a função do juiz como conciliador e, logo em seguida, como julgador do mesmo litígio, que defendemos que o juiz da tentativa de conciliação não deverá presidir ao subsequente

juízo, “evitando-se, assim, que os interesses e condicionalismos da tentativa de conciliação possam viciar ou interferir no julgamento”⁸¹.

5. Conclusão

Após compararmos os ditames legais referentes à conciliação realizada pelo juiz nos sistemas português e brasileiro, podemos perceber que, diante de todas as reflexões trazidas, poucas, ou quase nenhuma, encontram respostas nos ordenamentos, o que nos leva a defender, em linhas de conclusão, a retirada da função de conciliador do juiz.

Seguindo essa tendência, podemos citar o ordenamento alemão que, no art. 278.º do *Zivilprozessordnung* (ZPO) ou Código de Processo Civil alemão, prevê a tentativa de conciliação e que o juiz, por sua iniciativa ou a pedido das partes, pode remeter as partes para uma tentativa de conciliação a realizar por outro juiz por delegação ou pode mesmo sugerir às partes que prossigam as negociações *fora do tribunal* (n.º 5). Por sua vez, o Código francês prevê a realização da conciliação ao longo de todo o processo, por iniciativa das partes ou do juiz (artigos 127.º a 130.º) e, com a anuência das partes, o juiz pode designar uma terceira pessoa (física ou associação) para mediar o conflito.

Defendemos que tal caminho é o mais acertado. Primeiro porque, como vimos, dificilmente as partes irão tratar da forma correta a tentativa de conciliação conduzida por um juiz que poderá, em um futuro próximo, prolatar uma sentença envolvido pelos argumentos invocados naquela tentativa. Acresça-se a isso a pressão que as partes podem sofrer, por parte de um juiz que esteja empenhado em concluir rapidamente aquele processo, ao se recusarem a celebrar um acordo. É inevitável a prevenção do juiz contra a parte que, não aceitando as suas propostas conciliatórias, “o constrange a um trabalho e responsabilidade que ele de bom grado evitaria”⁸².

⁸¹ Nas palavras de Souza (2014, p. 334).

⁸² VAZ, 1976, p. 4

Muito se fala em extorsão, iniquidade, indução e até em denegação de justiça por parte dos tribunais.

Vimos que todas as questões de vícios de capacidade subjetiva do magistrado terão que ser tratadas e analisadas casuisticamente, mas percebemos que ambos os sistemas não possuem ou possuem muito poucos instrumentos para combater, ou melhor, para detectar determinadas condutas parciais e contaminadas por um pré-julgamento.

Destarte, enquanto novas reformas no assunto não acontecem, entendemos que a postura mais acertada será o juiz, diante de um caso que vislumbre a necessidade de uma intervenção mais ativa, antevendo que será necessário um profundo trabalho de negociação entre as partes, se utilizar da técnica prevista no art. 273.º do CPC/PT⁸³ que trata da suspensão da instância, remetendo, assim, o processo para mediação, sob o risco de suspeição de sua imparcialidade.

Porque, como escreveu MEYER: *“quien [como él] sostiene la balanza no puede moverse de su puesto sin que esta se incline para um lado”*⁸⁴.

⁸³ “Art. 273.º 1 - Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa” (PORTUGAL, 2013).

⁸⁴ MEYER, G. D. *Spirito, origine e progressi dele istituzioni ... dei primari stati d’Europa*. Prato: Tipografia Aldina, 1839, p.156.

REFERÊNCIAS

- AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de processo civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. *Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Dele1608.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019.
- _____. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- _____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019.
- _____. *Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984*. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019.
- _____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. In: DIDIER, Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Parte I. 2. ed. Padova: Cedam, 1943.
- _____. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954.
- CAMPOS, Joana Paixão. *A conciliação judicial*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009, 94 p. Disponível em: <<http://laboratorioral.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/08/A-Concilia%C3%A7%C3%A3o-Judicial.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARDOSO, Eurico Lopes. *Projectos de Revisão do Código de Processo Civil*. Vol III, n.º 32. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1960.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMMAILLE, Jacques. A Efectivité. In: ALLAND, Stéphane Rials et Denis. (dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2003.

CHUMBINHO, João Rendeiro. *Julgados de paz na prática processual civil*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

COUTO, Margarida Gonçalves. *A tentativa de conciliação na fase do saneamento e condensação*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESTEVES, José. Um novo Mundo, uma nova Racionalidade, um novo processo Civil. In: *I Jornadas de processo civil: "Olhares transmontanos"*, Valpaços, 2012, p. 11. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Livro_JornadasDPC.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Nova justiça. Velho idealismo, mediação e conciliação. In: MOREIRA, António José (Coord.). *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

FRANÇA. *Code de procédure civile: version consolidée au 29 mai 2020*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

FREITAS, José Lebre de. Sobre o novo Código de Processo Civil. <<http://www.oa.pt/>>

FRIEDE, Reis. *Vícios de capacidade subjetiva do Julgador: Do impedimento e da Suspeição do Magistrado*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. Manuais Universitários. Coimbra: Almedina, 2014.

ITÁLIA. *Codice di procedura civile*: R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443. Disponível em: <<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

MESQUITA, Luis Miguel Andrade de. Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145, n.º 3995, Coimbra, nov/dez 2015.

MEYER, G. D. *Spirito, origine e progressi dele istituzioni ... dei primari stati d'Europa*. Prato: Tipografia Aldina, 1839.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve Notícia sobre la Conciliación em el Proceso Civil Brasileño. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso: 5 dez. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil: novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 104, 2006.

PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2000.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2001. Disponível em:
<<https://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007a.

_____. La iniciativa probatória del juez civil: un debate mal planteado. In: *Revista Uruguaya de derecho procesal*, n. 03, Montevideo, 2007b, pp. 576-578.

_____. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Ed. Bosch, 1998.

PORTUGAL. *Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho*. Código de Processo Civil (Novo). Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 19 dez. 2019.

_____. *Decreto-Lei n.º 44129 de 28-12-1961*. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em:
<<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/437383/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA%C2%A044129+de+28-12-1961>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. *Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho*. Julgados de Paz. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=724&tabela=leis>. Acesso em: 23 dez. 2019.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, v. 02, n. 02, a. 2008. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23735/16756>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

SOUZA, Luis Felipe de. O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. In: *Revista Julgar*, n. 23, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas — modelos de resolución de conflictos. In: *Páginas sobre Justiça Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, São Leopoldo, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 224, out. 2013.

VALENZUELA, José Antonio Nolasco. *El juez penal*. Lima: Ara Editores, Lima, 2012.

VARANO, Vincenzo; SIMONI, Alessandro. *Italian National Report. Dispute Resolution in Different Societies: Formal and Informal Procedures. Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, 18-21 set. 2012*. Moscou: Conference Book/Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. Moscou: Statut, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO e Nora. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

VAZ, Alexandre Mario Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na conciliação judicial*. Vol. I. Coimbra: Université de Coimbra, 1976.

VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação - teoria e prática - guia para utilizadores e profissionais*. 2. ed. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

VICENTE, Dário Moura. Mediação comercial internacional. In: *Direito Internacional Privado – Ensaios II*, Coimbra: Editora Almedina, 2005.