

O EMPENHO ATIVO DO JUIZ NA OBTENÇÃO DE UMA SOLUÇÃO DE EQUIDADE EM SEDE DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO

LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA

O novo Código do Processo Civil veio conferir um novo protagonismo ao juiz como pacificador social. A conciliação constitui uma tarefa que se impõe como um dever ao julgador. Daí que sejam prementes as questões levantadas pela vertente conciliatória no âmbito da reforma processual civil. Algumas delas são aqui detalhadas com propostas de resposta a questões complexas que se suscitam, incluindo as que envolvem a equidade ou a deontologia de juízes e advogados.

Descritores: processo civil; conciliação; equidade; imparcialidade; deontologia

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, revisto em 2013, introduziu alterações relevantes no regime da tentativa de conciliação que, em regra, é realizada depois de findos os articulados. A tentativa de conciliação continua a ser presidida pelo juiz “*devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio*” (n.º 3 do Artigo 594.º). Frustrando-se a conciliação, devem ficar “*consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio*” (n.º 4 do mesmo preceito).

Na reforma de 1995-96, a disposição equivalente dispunha que a tentativa de conciliação, sendo igualmente presidida pelo juiz, “*terá em vista a solução de equidade mais adequada aos termos do litígio*”¹ (n.º 3 do Artigo 509.º) e, frustrando-se a conciliação, deviam ficar consignados em ata “*os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência o litígio*” (n.º 4 do Artigo 509.º).

¹ O segmento “*mais adequada aos termos do litígio*” é tautológico e improfícuo. Conforme refere MARGARIDA COUTO, *A Tentativa de Conciliação na Fase de Saneamento e Condensação*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998, p. 25, “a decisão de acordo com a equidade pressupõe, por definição, que se tomem em consideração os elementos individuais do caso concreto para que se encontre a solução mais adequada a esses termos. Se assim não fosse, e se considerássemos que a lei se referiria aos termos processuais do litígio — relativos à possibilidade de produção de prova, por exemplo —, subverteríamos as finalidades de todo o sistema processual, colocando as razões de forma acima das razões de substância.”

Cotejando os dois regimes, infere-se que o legislador de 2013 reforçou o âmbito da intervenção do juiz, exigindo do mesmo um esforço sério e efetivo no sentido de findar o litígio por autocomposição das partes, não sendo doravante permitido ao juiz que se refugie numa postura passiva de mera indagação junto das partes sobre os eventuais resultados positivos de negociações prévias ou pendentes. Esse papel ativo do juiz passou a constituir um dever, sendo que anteriormente não estava cominado como tal, embora nada na lei preterisse tal empenho ativo.

Deste novo protagonismo do juiz, erigido como nunca a pacificador social, emergem várias questões sensíveis que se repercutem na eficácia e viabilidade do regime assim assumido pelo legislador. Cingir-nos-emos à apreciação das seguintes questões: vantagens e riscos da conciliação como forma de findar o litígio; as etapas da conciliação; os princípios que a regem; quais as técnicas que devem ser utilizadas; qual a postura que o juiz deve adotar; quais os limites da atuação do juiz por referência designadamente ao direito a um processo equitativo; o que é uma solução de equidade; qual o sentido atual da “solução de equidade”; as questões deontológicas que a tentativa de conciliação coloca ao juiz e aos mandatários.

2. HISTÓRIA DO PRECEITO

Já nas Ordenações Filipinas, L. 3.º, Título 20, § 1.º, era feita expressa menção à conveniência das partes não gastarem “suas fazendas” pois “o vencimento da causa é sempre duvidoso”.

O Artigo 28.º, n.º 4, do Decreto n.º 12353, de 22 de setembro de 1926, e subsequentemente o Artigo 15.º, n.º 4, do Decreto n.º 21287, previam uma tentativa de conciliação, por iniciativa do juiz, embora sem precisarem o momento em que a mesma deveria ocorrer.

No Artigo 450.º do Projeto do Código de Processo Civil de 1939, foi introduzida a tentativa de conciliação na fase de transição dos articulados para o saneamento e condensação do processo. Barbosa de Magalhães obtemperou a tal previsão que seriam raros os juízes possuidores das qualidades necessárias à discricção e prudência necessárias à realização da tentativa de conciliação, sendo ainda de recear as pressões exercidas e as ameaças feitas por juízes — no propósito de obter a conciliação — às partes e advogados, colocados numa situação de relativa dependência ².

O Código de Processo Civil de 1939 introduziu a fórmula “*solução de equidade*” para distinguir a conciliação judicial da simples mediação, sendo diretamente inspirado no artigo 216.º do Projeto de Código de Processo Civil de 1926 de Carnelutti, o qual se reportava ao “*equo componimento*” ³.

² BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estudos Sobre o Código de Processo Civil*, 1.º, pp. 56-57 apud ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, III Vol., pp. 173-174.

³ MÁRIO PESSOA VAZ, *Direito Processual Civil, Do Antigo ao Novo Código*, Almedina, 2.ª ed., 2002, pp. 271, 275; MÁRIO PESSOA VAZ, *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Coimbra, 1976, pp. 208, 242-244, 294.

ALBERTO DOS REIS, de forma atenta, já advertia sobre os riscos da tentativa de conciliação nestes termos: “O juiz pode sentir a tentação de se servir da tentativa de conciliação para se eximir ao estudo e julgamento da causa, sobretudo quando esta seja difícil, delicada e complexa; mas é necessário que saiba defender-se contra esta tentação, de modo a não ultrapassar, nos esforços e diligências empregados, a linha de compostura e correção, que deve ser timbre impecável do magistrado judicial.”⁴

A reforma de 1961 manteve a função conciliatória do juiz mas introduziu limitações para prevenir abusos, designadamente com a consagração da impossibilidade de existir adiamento da tentativa por falta de comparecimento bem como das partes serem convocadas mais do que uma vez para tal efeito.

Na reforma de 1995-96, a alteração mais significativa à tentativa de conciliação foi a introdução do n.º 4 do artigo 509.º, nos termos do qual, frustrando-se a conciliação, devia ficar consignada em ata “*os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência o litígio*”.

3. A CONCILIAÇÃO

O litígio pode findar por heterocomposição ou por autocomposição. Na primeira, é um terceiro que substitui a vontade das partes e determina a solução vinculativa do litígio (cf. Artigo 1.º do Código de Processo Civil e Artigo 205.º, n.º 2, da CRP). Na autocomposição, são as partes que definem por si próprias os termos da solução da disputa, geralmente mediante concessões recíprocas consentidas. Na resolução do litígio por heterocomposição prevalece uma cultura do conflito e da sentença em que o entendimento do juiz substitui a vontade das partes e os advogados atuam exaustivamente na defesa dos interesses dos clientes, da polarização do conflito, o qual finda com vencidos e vencedores. Pelo contrário, na autocomposição prevalece uma cultura de cooperação, privilegiando-se a resolução do conflito a partir das necessidades e interesses das partes, findando o litígio com concessões recíprocas, as quais — porque queridas pelas partes — mais facilmente serão cumpridas.

A heterocomposição está essencialmente voltada para o passado (perspetiva retrospectiva) enquanto a autocomposição se dirige para o futuro (perspetiva prospetiva). A autocomposição integra um processo de resolução da disputa construtivo que visa o fortalecimento da relação social pré-existente.

Entre as modalidades da autocomposição, há que destacar a mediação e a conciliação. A mediação é definida como forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos — Artigo 2.º, alínea a), da Lei

⁴ Código de Processo Civil Anotado, III Vol., p. 178.

n.º 29/2013, de 19.4. (doravante Lei da Mediação). As partes mantêm o seu poder decisório e são auxiliadas por um terceiro, imparcial, a obter uma solução para o conflito, decorrendo o procedimento sob confidencialidade (cf. Artigo 5.º da Lei da Mediação). O mediador auxilia o diálogo das partes.

Na conciliação, o conciliador faz propostas e apresenta soluções para o caso concreto, tendo uma intervenção mais ativa. Partindo dos princípios essenciais e técnicas que regem a mediação, a conciliação distingue-se daquela pelo facto 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 soçobre a conciliação ⁵.

Tendencialmente, a mediação será mais apropriada para os conflitos em que as partes possuem um vínculo afetivo ou emocional e/ou para relações contínuas e duradouras ⁶. A conciliação está mais vocacionada para conflitos em que não ocorram tais características, embora o seu âmbito abarque também tal tipologia de situações.

Que vantagens decorrem da atuação do juiz como conciliador? ALBERTO DOS REIS assinalava que “o juiz é, 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” ⁷. De uma forma mais abrangente, dir-se-á que o papel de conciliador do juiz se justifica por várias ordens de razões, designadamente: (i) pela perceção 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 pela experiência de lidar com conflitos similares e (iv) pelo conhecimento que tem da lei ⁸. Estas vantagens não dissipam os riscos inerentes à conciliação judicial e que serão analisados *infra*.

As vantagens da conciliação residem na diminuição do tempo de duração do litígio, na resolução deste por procedimentos mais informais e simplificados, na redução dos custos, na criação de uma nova mentalidade voltada para a pacificação social. A este propósito, avulta o conceito de empoderamento no sentido de que as partes, tendo por base a experiência vivida na conciliação/ mediação, se tornarão elas próprias agentes de pacificação de futuros litígios em que se vejam envolvidas.

⁵ Cf. JOANA PAIXÃO CAMPOS, *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009, pp. 7-14.

⁶ LOUISE OTIS E ERIC H. REITER, “Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice”, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2006, Vol 6, pp. 39-40, assinalam que a mediação está mais focada na existência e na manutenção de uma relação entre as partes, *v.g.*, familiar, de vizinhança. A mediação reconhece que as partes estão ligadas por uma relação complexa e visa criar entre as partes um novo *modus vivendi* na medida em que o acordo alcançado cria um novo universo em que as partes acordam viver.

⁷ *Código de Processo Civil Anotado*, III Vol., p. 174.

⁸ LOUISE OTIS E ERIC H. REITER, *op. cit.*, pp. 365-366.

3.1. A conciliação: princípios, etapas e técnicas

A conciliação baseia-se em diversos princípios, alguns dos quais comuns à mediação. Assim, sem ordem hierárquica específica, há que enunciar os seguintes:

- **Princípio da não-competitividade:** as partes envolvidas devem alcançar uma solução que seja mutuamente satisfatória, sem protagonismos de vencedores e vencidos. Prevalece a cooperação e não a competição.
- **Princípio do poder de decisão das partes:** as partes constroem a solução do litígio de per si ou aceitam livremente a solução proposta pelo conciliador, sendo as partes que decidem qual a melhor solução para o litígio.
- **Princípio da decisão informada:** as partes devem ter plena consciência dos seus direitos e conhecimento da realidade fáctica em que se encontram inseridas, sendo ainda previamente informadas das consequências da solução elegida a fim de prevenir posteriores surpresas;
- **Princípio da normalização do conflito:** cabe ao conciliador tranquilizar as partes envolvidas, em todos os momentos, explicando que a ocorrência do conflito faz parte da normalidade social, sendo que os litigantes e a própria sociedade almejam a solução do conflito.
- **Princípio da validação:** preconiza a necessidade das partes reconhecerem mutuamente os seus interesses e sentimentos, visando uma aproximação real das partes com a consequente humanização do conflito decorrente da maior compreensão e empatia. O acordo firmado na conciliação deve ser fruto de decisão voluntária e consciente das partes, satisfazendo-as. Esta é uma condição essencial do subsequente cumprimento do acordo.
- **Princípio da boa fé:** as partes e o mediador devem agir com lealdade e probidade, não sendo de admitir comportamentos meramente dilatórios ⁹.

O procedimento de conciliação engloba várias etapas, a saber: (i) declaração de abertura; (ii) exposição de razões pelas partes; (iii) identificação de questões, interesses e sentimentos; (iv) esclarecimento de controvérsias e dos interesses; (v) resolução de questões e (vi) homologação da solução.

Na declaração de abertura, o juiz explica em tom ameno qual o procedimento que será observado, esclarece qual o objeto e os objetivos da conciliação, quais as regras que serão observadas no decurso da diligência,

⁹ AMAURY HARVO MORY, *Princípios Gerais Aplicáveis aos Processos de Mediação e de Conciliação*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, p. 21.

finalizando com a indicação das implicações da celebração, ou não, do acordo. Deve ser dada ênfase a que as partes estão na diligência na mesma condição de solucionadores de problemas. Uma das regras essenciais a observar durante a diligência é a da não interrupção recíproca das partes quando estão a expor a sua argumentação. O juiz deve assegurar que todos terão oportunidade de expor as suas posições, mas sem que isso implique a interrupção da contraparte.

Na fase de exposição de razões, é essencial que o juiz mantenha uma postura de escuta ativa, ouvindo com atenção os relatos com uma atitude positiva de atenção física. A escuta ativa mostra empatia e compreensão pela posição das partes (o que é distinto de adesão à mesma) e consubstancia-se quer em linguagem não-verbal quer em linguagem verbal. Exemplificam a primeira os seguintes comportamentos: uma ligeira inclinação para a frente; olhar a parte nos olhos quando fala; acenar com cabeça indicando que se compreendeu; expressões faciais apropriadas ao relato, *v. g.*, sorrindo ou de preocupação¹⁰. No que tange à linguagem verbal, ressaltam os seguintes comportamentos: *técnica do resumo ou reformulação* em o juiz que sumaria — de forma neutra — a exposição feita pela parte, retomando os pontos principais e os interesses subjacentes das partes, lembrando — do mesmo passo — às partes o que realmente interessa no conflito; colocação de questões pertinentes, esperando as respostas e não interrompendo sob pena de transmitir a ideia de falta de interesse ou de irritabilidade. Aquando do resumo, deve o juiz evitar o uso de expressões como “versão” ou “ponto de vista” porquanto as mesmas soam como um pré-julgamento no sentido de que o juiz não acredita no que a parte tem a dizer.

Existem outras técnicas utilizáveis para facilitar o diálogo entre as partes. Assim:

- A colocação das partes deve ser cuidada, constituindo um importante fator de linguagem não-verbal. As partes devem estar equidistantes do conciliador e entre elas. A disposição em mesa redonda afasta a ideia de hierarquia entre as partes enquanto a disposição das partes lado a lado cria a impressão de autoridade do conciliador, retirando das partes a impressão de rivalidade. Facilita-se a comunicação e afasta-se a ideia de disputa¹¹.
- A *normalização* implica que o juiz infunda às partes a ideia de que estar em conflito é natural nas relações humanas, não constituindo motivo para vergonha ou intranquilidade das partes.

¹⁰ PETER ROBINSON, “An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol 17, p. 132, <http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/97-150.pdf>.

¹¹ ROGÉRIO LUCENA SURUAGY DO AMARAL, *A Conciliação no Processo Judicial*, Universidade Tuiuti do Paraná, 2011, p. 56. Cf., ainda, ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO (org.), *Manual de Mediação Judicial*, Ministério da Justiça, Brasil, 2009, pp. 88-91.

- *Separar as pessoas dos problemas*, o que implica incutir às partes que a disputa não tem como causa uma pessoa mas sim uma determinada conduta ou situação. Esta consciencialização torna a relação entre as partes mais produtiva.
- *Focagem nos interesses das partes* e não nas posições previamente assumidas pelas partes. Ou seja, como se verá de imediato, há que recentrar a discussão na lide sociológica e não na mera lide processual.

Em sede da identificação dos interesses e sentimentos, cabe ao juiz encorajar as partes a expressar as suas emoções na medida em que tal expressão opera a vários níveis. Em primeiro lugar, constitui uma fonte de informação que pode conduzir mesmo a compreender o conflito de fundo que opõe as partes, o qual é por vezes de cariz mais pessoal do que propriamente o expresso no processo. A dimensão pessoal do conflito indicia, por vezes, que a solução do mesmo terá de ter uma dimensão pessoal e não proeminentemente patrimonial. A expressão de emoções facilita a apreensão e distinção entre o que constitui a causa do conflito, por um lado, e os sintomas do mesmo, por outro. Permite analisar o litígio de forma mais holística de forma a tentar resolvê-lo na íntegra (lide sociológica que envolve relações humanas) e não na sua mera expressão processual com um concreto ponto em disputa. Há que ter presente que a parte é que hierarquiza a importância das questões envolvidas no conflito, o que se repercute na viabilidade de uma solução consensual. Em suma, a emoção pode ser a *janela para o conflito real* que subsiste atrás do processo judicial. Em segundo lugar, a expressão das emoções cumpre um propósito catártico na medida em que a parte sente necessidade de ser ouvida e compreendida. No fundo, o poder judicial encarnado no tribunal funciona como um “hospital de relações humanas.”¹²

Associada à expressão de sentimentos encontra-se a *técnica da validação de sentimentos*. A mesma consiste em “identificar sentimentos, ainda que as partes não os revelem explicitamente, reconhecer estes perante as partes e contextualizar o que cada parte está sentindo numa perspetiva positiva, identificando os interesses reais que estimularam o referido sentimento.”¹³ O juiz identifica o sentimento que decorre do conflito, o que é diverso de dizer que a parte tem razão ou de fazer um comentário em que transpareça apoio à posição da parte. A validação de sentimentos fomenta a relação de confiança com as partes.

Com efeito, o interesse real verdadeiramente subjacente ao litígio nem sempre corresponde à configuração processual da lide, à posição assumida no processo¹⁴. Deste modo, não basta resolver a lide na sua vertente pro-

¹² ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO (org.), *op. cit.*, p. 47.

¹³ ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO (org.), *op. cit.*, p. 139.

¹⁴ Por exemplo, a interposição de uma ação de despejo pode ser um pretexto para negociar um aumento de renda. Num contexto de divórcio, o pedido da atribuição da guarda de um menor pode radicar apenas na necessidade de o progenitor ter uma intervenção mais ativa na educação e crescimento do filho.

cessual se os verdadeiros interesses que motivam as partes a litigar não forem identificados e resolvidos. Apenas a resolução integral do conflito, ou seja, da lide sociológica, conduzirá à pacificação social.

No caso da comunicação entre as partes não ser eficiente, pese embora as estratégias já referidas, pode colocar-se a questão da pertinência da realização de *reuniões privadas* entre o juiz e cada uma das partes sem a presença da contraparte, o denominado *caucus*. Estas sessões podem ter múltiplos propósitos, designadamente: permitir a expressão de sentimentos sem aumentar o conflito; para eliminar comunicação improdutivo; como uma contramedida a fenómenos psicológicos que impedem o alcance de acordos, tal como a reação desvalorizada (a qual consiste na resposta negativa a uma proposta em função de quem a apresentou); para aplicação da técnica de inversão de papéis; para evitar comprometimento prematuro com propostas ou soluções; para disponibilizar um ambiente propício para o exame de alternativas e opções ¹⁵.

Tendo em consideração que estamos no âmbito de diligência processual submetida aos princípios gerais do processo civil, designadamente os do contraditório e igualdade, entendemos que o *caucus* só deverá ocorrer com o consentimento de ambas as partes¹⁶, sendo realizadas sessões com as duas partes ¹⁷.

Na fase da construção do acordo, é essencial que o juiz fragmente as questões em pequenos blocos, começando por fatores menos complexos, por interesses comuns e por sentimentos positivos. Desta forma, neutraliza-se a

¹⁵ ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO (org.), *op. cit.*, p. 173.

¹⁶ O Código de Conduta para os Juizes dos Estados Unidos autoriza o *caucus*, no âmbito do esforço para alcançar o acordo, mas só com o consentimento das partes — cf. DAISY HURST FLOYD, “Can the Judge Do That? — The Need For a Clearer Judicial Role in Settlement”, in *Arizona State Law Journal*, 1994, p. 75.

¹⁷ JOANA PAIXÃO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 28-29, afirma que “o *caucus* parece-nos desadequado ao instituto da conciliação, por colocar em causa a imparcialidade do tribunal. Dado que o juiz tem de decidir se as partes não chegarem a acordo, a sua imparcialidade e a confiança das partes no tribunal devem ser preservadas o mais possível.” PETER ROBINSON, “An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear”, in *Harvard Negotiation Law Review*, Vol 17, pp. 135-136, nota pertinentemente que as informações transmitidas em sessões privadas são feitas sob condição, expressa ou tácita, de que as mesmas não serão transmitidas à contraparte. O juiz fica exposto a informação que pode afetar a sua perceção subsequente dos factos em julgamento, sem que a outra parte tenha acesso a tal informação ou possa rebatê-la. Pode ser difícil ao juiz separar essa informação confidencial da subsequente prova produzida em julgamento, isto é, a informação confidencial pode influenciar o juiz contra ou favor uma parte, comprometendo a integridade do processo decisório — PETER ROBINSON, “Adding Judicial Mediation to the Debate About Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them For Trial”, in *Journal or Dispute Resolution*, 2006, N.º 2, p. 364. Prevenindo tal situação, existem Estados em que o juiz que efetua a tentativa de conciliação fica impedido de realizar o julgamento — *op. cit.*, pp. 367 e 378.

A informação adquirida em sede de *caucus* pode gerar o viés confirmatório (“*confirmation bias*”) na medida em que, no julgamento, o juiz tenderá a procurar informação que confirme o que lhe foi transmitido no *caucus*, descurando a indagação de informação que seja revel a tal versão — cf. o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, p. 19.

postura típica das partes de aglutinar sentimentos e questões numa grande questão que, deste modo, aparenta ser irresolúvel. Ademais, começando-se por uma questão de fácil solução, as partes interiorizam que o conflito é solucionável.

Deve haver um enfoque no futuro, apresentando-se às partes uma visão prospetiva da disputa, o que alivia o clima de atribuição de culpa e estimula a busca de soluções. O discurso não pode ser o de “*de quem é a culpa*” mas sim este: “*perante este contexto concreto em que estamos quais são as soluções que melhor atendem as necessidades e interesses reais das partes*”.

Pela *técnica de inversão de papéis* o juiz tenta que a parte perceba como se sentiria se estivesse do outro lado. Esta técnica estimula a empatia entre as partes na medida em que as orienta para que perceba o contexto sob a ótica da contraparte. Deve ser utilizada com ambas as partes sob pena do juiz aparentar perda de imparcialidade.

Nos casos em que se discute um valor pecuniário (v. g., indemnização por responsabilidade extracontratual ou contratual), a negociação opera sob o signo da negociação distributiva em que cada parte tenta maximizar os ganhos. Assim, quando o autor peticiona um valor, v.g. € 20.000, fixa — ao mesmo tempo — para si um valor abaixo do qual não admite transacionar, v. g., € 12.500, o denominado *valor de reserva*. Por sua vez, o réu propõe-se pagar € 7.500, mas também estipula para si um valor de reserva, v. g., € 10.000. Entre os valores de reserva de cada parte forma-se uma área de negociação positiva que pode ser denominada como zona de possível acordo, no caso, entre os valores de € 10.000 e € 12.500.

Para explorar esta área de negociação positiva, bem como para os casos em que as propostas iniciais das partes estão muito afastadas, o juiz pode começar por perguntar, em privado, a cada parte qual o valor que a mesma acha que a contraparte deveria ter oferecido logo no início da negociação, caso a contraparte estivesse sinceramente interessada em alcançar um acordo. Deve o juiz perguntar: “Se a contraparte fosse mais razoável, qual a concessão que a mesma deveria fazer para demonstrar-lhe que está genuinamente a tentar resolver o caso?”¹⁸. Em suma, o juiz pode perguntar a cada uma das partes qual a oferta que poderia fazer e que julga que poderia ser aceite pela contraparte, o que projeta a zona do possível acordo.

O juiz deve incentivar as partes a criar soluções e negociar valores para a resolução do litígio, deve ser- em primeira linha — um catalisador de soluções. Pode aqui ser utilizada a técnica do *brainstorming* ou chuva de ideias, pedindo às partes que enumerem todas as soluções que reputam possíveis, sem qualquer tipo de restrições. Cada proposta deve ser trabalhada e discutida quanto aos seus pontos fracos ou fortes, quanto às suas implicações e consequências.

¹⁸ PETER ROBINSON, “An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear”, Harvard Negotiation Law Review, Vol 17, p. 123, <http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/97-150.pdf>.

O juiz só deve formular uma proposta concreta quando sucumbirem os esforços das partes, quando ocorrer um impasse.

Na verdade, o princípio da autonomia privada, aplicável em sede de conciliação, determina que são as partes que, por si mesmas e através de negociação, constroem a solução do litígio. Permanece nesta sede a vontade soberana das partes de modo a que a recusa da conciliação não lhes pode acarretar qualquer prejuízo salvo o natural prosseguimento do processo, atento o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou de acesso ao direito ¹⁹. Por força do princípio da autonomia privada, deve ser dada primazia à negociação construída pelas partes com a colaboração do juiz. Só se as partes sucumbirem em tal propósito é que se justifica que o juiz assuma um papel, ainda mais ativo, com a formulação de propostas concretas.

A formulação extemporânea, por antecipação, de propostas pelo juiz desmotiva as partes na criação de soluções, sendo ainda certo que, quando as ideias emanam das próprias partes, existe um esforço mais sério e genuíno das partes para que a proposta funcione. Aos olhos das partes, o juiz — ainda que nas vestes de conciliador — continua a ser juiz de modo que as partes poderão eventualmente sentir-se forçadas a aceitar a proposta ou a não contrariá-la, com o receio de que isso as possa prejudicar se for esse concreto juiz a efetuar o subsequente julgamento ²⁰. Esta situação pode ser caracterizada como uma coerção subtil da autoridade do juiz. Estas razões também fundamentam a tese de que a intervenção do juiz, com formulação de propostas concretas, deverá ser subsidiária da iniciativa das partes.

Quanto à configuração de propostas concretas pelo juiz, cremos que o juiz deve apenas sugerir às partes que concluem um acordo dentro de balizas aventadas pelo juiz, não devendo indicar uma cifra final ou uma solução fechada. Por exemplo, estando em causa a fixação de uma indemnização por incapacidade permanente parcial graduada em x por cento, o juiz poderá sugerir às partes que concluem um acordo entre os valores de € 10.000 e € 15.000. Numa ação de despejo em que não suscite especial discussão o fundamento de resolução, pode o juiz sugerir que o réu entregue o locado num prazo entre três a nove meses sob uma cláusula penal diária a fixar entre € 25 e € 100. Quando assim atua, o juiz mais não faz do que delinear a área de negociação positiva (ou zona de possível acordo) em função (i) das informações que as partes veicularam na diligência, (ii) em decorrência da sua experiência em casos similares, (iii) em função de critérios jurisprudenciais adotados em casos similares, (iv) sem prejuízo de poder moldar a proposta em dados económicos e objetivos decorrentes da normalidade social.

A formulação deste tipo de propostas deve ser acompanhada da expressa advertência de que a sua validade e pertinência se esgota e afere em função

¹⁹ AMAURY HARVO MORI, *Princípios Gerais Aplicáveis aos Processos de Mediação e de Conciliação*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, p. 18.

²⁰ JOANA PAIXÃO CAMPOS, *op. cit.*, p. 35 e DAISY HURST FLOYD, *op. cit.*, p. 90.

daquela concreta tentativa de conciliação, sendo a proposta insuscetível de ser lida como um juízo antecipado sobre a causa, caso esta prossiga para julgamento. Dito de outra forma, o juiz não se autovincula aos valores sugeridos podendo, a final e em função da prova produzida, fixar um valor de indemnização fora da zona de possível acordo previamente facultada às partes.

4. A EQUIDADE

A equidade “corresponde como que a uma noção vagabunda no discurso jurídico, sem paradeiro certo na história do pensamento”.²¹ Aristóteles erigiu a equidade a critério do justo, escrevendo na *Ética a Nicómano* que “o que é equitativo é justo, superior mesmo em regra ao justo, não ao justo em si, mas ao justo que, em razão da sua generalidade, comporta o erro. A natureza da equidade consiste no corrigir a lei, na medida em que ela, em virtude do seu carácter geral, se mostra insuficiente.”²² No direito romano, a equidade foi acolhida com o sentido de adequação da norma às circunstâncias do caso concreto e como padrão de referência para a integração de lacunas. O *praetor* constituiu o denominado *ius honorarium*, em complemento do *ius civile*, através da decisão *ex aequo et bono* (segundo a equidade). Esse processo viria a culminar na expressão de Celsus: “*ius est ars boni et aequi*” (o direito é a arte do bom e do justo). A evolução histórica subsequente confirmou a equidade como padrão de justiça do caso concreto, seja *secundum, praeter* ou mesmo *contra legem* ²³.

As relações entre a equidade e o direito conduziram a duas aceções fundamentais de equidade: uma noção mais “fraca” que, partindo da lei, permitiria corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstratas, aquando da aplicação concreta e uma noção mais “forte” que prescinde do Direito estrito e procura soluções para os problemas baseadas na denominada justiça do caso concreto.²⁴ Todavia, estas aceções não nos dão o próprio conteúdo da equidade. Fazendo nossas as palavras de MENEZES CORDEIRO:

«A equidade não é arbítrio: ela parte sempre do Direito positivo, expressão histórica máxima da justiça, em cada sociedade organizada.

²¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A Equidade (ou a “Justiça com Coração”), A Propósito da Decisão Arbitral Segundo a Equidade”, in *ROA*, 2012 (Ano 72), n.º 1, p. 111.

²² ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Da Equidade (Fragmentos)”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, V. 80 (2004), pp. 354-355.

²³ Afirma PAULO OTERO, “Equidade e Arbitragem Administrativa”, in *Estudos em Homenagem ao Centenário do Nascimento do Professor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, p. 834, que “o sentido último da equidade continua a mergulhar as suas raízes no pensamento aristotélico: a equidade envolve a possibilidade de correção da lei, o que significa a suscetibilidade de decisões em sentido *praeter legem* ou *contra legem*”.

²⁴ ANTÓNIO MENEZES, “A Equidade Como Fonte de Direito”, in *O Direito*, Ano 144.º (2012), I, p. 16.

Simplesmente, ela alija determinados elementos técnicos e formais que apenas se justificam perante as exigências da normalização estadual. É, assim, possível fazer apelo ao razoável, ao equilíbrio entre as partes e à justa composição de encargos. De modo paralelo, afastar-se-ão os obstáculos formais ou os argumentos hábeis mas, predominantemente, técnico-jurídicos, procurando antes ponderar os interesses globais das partes, isto é, a sua situação como um todo.»²⁵.

CARNEIRO DA FRADA enfatiza que a equidade se manteve sempre em contraponto à ideia de sistema, postulando um “não aprisionamento da Justiça pelo conjunto (articulado) de normas e princípios historicamente vigentes”²⁶, expressando a abertura do Direito para lá de si próprio. E prossegue:

«(...) a equidade, não só supera o sistema, como confere, no fundo, a máxima expansibilidade e valor do Direito. Embora este se nos apresente desacoplado do sistema, é inegável a sua articulação com ele. Ora, a equidade como que liberta o Direito dos constrangimentos que essa articulação lhe impõe, enquanto súmula daquilo a que ele idealmente deve aspirar na integração outros referentes da existência humana (e que a virtude da justiça, na aceção acima assinalada, atende). Sendo, desta forma uma realidade jurídica, poderá, nessa medida, falar-se de um direito à equidade.»²⁷

A decisão segundo a equidade tem de louvar-se em fatores que mostram ou reforçam o sentido da solução de direito positivo²⁸. Caso não ocorra essa correspondência, a decisão segundo a equidade implica via de regra um ónus de justificação especial do afastamento em relação ao que resulta do direito constituído. Como afirma DIAS PEREIRA, em termos metódicos, a equidade reclama um juízo de tipo analógico, efetuando-se o caminho com vista à decisão pela comparação, em termos de ponderação prudencial, caso a caso, de particular a particular²⁹. A equidade opera como um instrumento de mensuração que compara sempre dois termos, dois interesses, remetendo para o sentido da realização do razoável e do oportuno necessários à pacificação de um conflito³⁰.

²⁵ *Op. cit.*, p. 27.

²⁶ *Op. cit.*, p. 120.

²⁷ *Op. cit.*, p. 125.

²⁸ É por isso que PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 849, afirma, pertinentemente, que a “equidade exige sempre uma ponderação dos resultados decorrentes da aplicação do Direito positivo ao caso concreto, aferindo se tais resultados expressam uma solução efetiva ou materialmente justa.”

²⁹ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 368-369.

³⁰ Cf. LOIC CADIET, “L’Équité Dans l’Office du Juge Civil” in *L’Équité du Juge*, Justices, n.º 9, 1998, p. 97 e DENIS SALAS, “L’Équité ou la part maudite du jugement”, in *L’Équité du Juge*, Justices, n.º 9, 1998, p. 113.

O Direito constituirá sempre um padrão de referência para a decisão de equidade, desde logo pela necessidade de não frustrar a confiança e a previsibilidade das partes ³¹. Daí que, como conclui MENEZES CORDEIRO, não seja satisfatório definir a equidade como “justiça do caso concreto” se, com isso, se pretende abdicar do Direito ou da sua ciência ³². Em sentido confluyente, afirma SUSANA BRITO que a equidade “ (...) enquanto elemento da virtude da justiça, respeita à razão prática, no momento específico de aplicação da lei, mas contém o mesmo material valorativo que o padrão do justo que se encontra materializado no conteúdo positivo da ordem jurídica.” ³³ A diferença essencial reside nisto: enquanto a lei opera por conceitos, a equidade ascende à natureza das coisas, à essência duma situação ou duma relação.

A evolução do pensamento jurídico após a II Guerra Mundial, com a recuperação de uma conceção jusnaturalista que apela a uma ordem de valores suprapositiva, veio restabelecer a importância metodológica da equidade fazendo com que “a justiça da decisão do caso concreto passa a ser uma dimensão essencial de um Direito que encontra na pessoa humana o seu fundamento, a sua razão de ser e o critério último de validade.” ³⁴

4.1. A “solução de equidade”

Conforme já vimos, o parâmetro da “solução de equidade” em sede de tentativa de conciliação foi introduzido pelo Código de Processo Civil de 1939. Na explicitação de ALBERTO DOS REIS, o sentido do critério retor da equidade é este: «em cada caso particular o juiz procurará fazer triunfar aquela solução que, sem se prender com a observância estrita das regras de direito, estabeleça o equilíbrio mais *justo* e mais *humano* entre os interesses em conflito. Quer dizer, pondo de parte a preocupação da *legalidade*, o juiz esforçar-se-á, na conciliação, por dar *razão* a cada litigante, na medida em que cada um deles a tiver.» ³⁵

Como se articulava esta norma com o papel do juiz, com o modelo da sua atuação?

Respondendo a esta questão, PESSOA VAZ identifica dois modelos de juiz. No modelo jurisdicionalístico, o juiz controla na íntegra o conteúdo do acordo, devendo conduzir as partes a um acordo que repute justo e equitativo. Pelo contrário, no modelo contratualista, compete ao juiz controlar o processo de um ponto de vista formal, fomentando o diálogo, mas sem que interfira ao nível do conteúdo do acordo cuja definição cabe às partes ³⁶.

³¹ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 141.

³² “A Equidade Como Fonte de Direito”, in *O Direito*, Ano 144.º (2012), I, p. 28.

³³ SUSANA BRASIL DE BRITO, “A Justiça do Caso Concreto é a Equidade”, in *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, 2009, p. 477.

³⁴ PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 835.

³⁵ *Op. cit.*, pp. 178-179.

³⁶ MÁRIO PESSOA VAZ, *Direito Processual Civil, Do Antigo ao Novo Código*, Almedina, 2.ª ed., 2002, pp. 257-263.

No modelo jurisdicionalístico, a atividade dispositiva dos pleiteantes está limitada pelos poderes inquisitórios do juiz, ao qual incumbe no processo publicístico a definição das relações controvertidas segundo um rigoroso critério de apuramento da verdade material. Trata-se de um modelo de processo civil apelidado por LUÍS MENDONÇA como sendo afetado por um “vírus autoritário”, em que são as partes que servem o processo (e não o inverso), em que o juiz tem a direção real e efetiva do processo, sendo o motor do processo, podendo falar-se mesmo de um juiz ditador³⁷. O processo tem uma finalidade pública que radica, em última instância, na afirmação da norma legal.

Em conformidade com este modelo, deve o juiz recusar a homologação de acordo sempre que a solução se lhe afigurar como injusta ou iníqua³⁸. Não será de homologar um acordo que incida sobre um direito certo e incontestável porque isso significaria uma denegação parcial de justiça para o titular do direito porquanto tal homologação integraria um desvio dos fins específicos da função judicial, qual seja o de proferir sentenças que correspondam à verdade e à justiça substancial.

Em sede de conciliação, caberá ao juiz sugerir a solução para o caso, ajustada segundo os seus critérios de equidade, devendo o juiz tentar persuadir as partes a aceitá-la, dando-lhe a sua adesão de consciência. A conciliação constituirá, assim e nesta conceção, uma figura mista entre a autocomposição e a heterocomposição, assumindo a configuração de uma arbitragem de equidade não vinculativa³⁹.

O modelo atual do juiz, preconizado pelo Código de Processo Civil é díspar, aproximando-se mais do modelo contratualista.

Com efeito, cabe às partes — em primeira linha — o poder e a responsabilidade da resolução do conflito, podendo findá-lo pela conciliação e subsequente homologação da transação. A conquista da verdade material não constitui o fim necessário e imprescindível do processo. Como referimos noutro passo, a verdade histórica ou empírica não existe por si mesma num lugar estranho e longe do processo. Constitui apenas um ideal regulativo, um ponto de referência ao qual se orienta a atividade de quem, no processo ou fora dele, tem a função de averiguar os factos.⁴⁰ O desiderato último do processo é a pacificação social, a resolução do litígio, podendo tal desiderato ser alcançado sem que seja exaurida a tarefa (hercúlea) de apuramento da verdade histórica. A este propósito, refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA que «(...)

³⁷ LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “Vírus Autoritário e Processo Civil”, in *Julgat*, N.º 1, 2007, pp. 67-98, máxime pp. 67, 71, 77, 80, 82 e 94.

³⁸ MÁRIO PESSOA VAZ, *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Coimbra, 1976, pp. 298-299.

³⁹ MÁRIO PESSOA VAZ, *Direito Processual Civil, Do Antigo ao Novo Código*, Almedina, 2.ª ed., 2002, p. 269 e 272.

⁴⁰ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, 2.ª ed., 2013, p. 136.

o magistrado está sempre ao serviço das partes, das pessoas e não de uma ideia absoluta de verdade ou de justiça. Não há donos do processo, nem há senhores da verdade. Há pessoas, com problemas, com litígios normais decorrentes das relações humanas. É preciso resolvê-los, eficazmente.»⁴¹ Mais do que o objetivo de satisfazer o interesse público do respeito absoluto pela norma e pela verdade, o objetivo do processo civil é a lograr paz social mediante uma composição célere e eficaz dos litígios.

Em sede de conciliação, os poderes dispositivos das partes sobrepõem-se aos poderes inquisitórios do juiz. O juiz não impõe a solução, não exerce um genuíno juízo de mérito sobre mesma. Apenas colabora ativamente para a justa composição do litígio — cf. Artigo 7.º, n.º 1, do Código de Processo Civil. A tentativa de conciliação constitui o expoente máximo do princípio da cooperação, atuando o juiz e as partes como uma genuína comunidade de trabalho.

O juiz não pode recusar a homologação do acordo por reputá-lo injusto ou não equitativo, *tout court*.

A fiscalização que o juiz exerce sobre o acordo reconduz-se a aspetos formais e substanciais.

Quanto aos primeiros, o juiz tem de certificar-se sobre a capacidade das partes, sua regular representação, bem como sobre se o acordo incide sobre direitos disponíveis.

Na definição sobre o âmbito do controle material sobre o conteúdo do acordo releva o novo regime instituído pela Lei da Mediação. Nos termos do Artigo 14.º, n.º 3, da Lei da Mediação, a homologação do acordo obtido tem por finalidade verificar se o acordo “*respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.*” Esta norma aplica-se à tentativa de conciliação por interpretação enunciativa (argumento *a pari*, identidade de razão) e por força da unidade do sistema jurídico (Artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil).

Os princípios gerais de direito constituem os alicerces do ordenamento jurídico, contendo os valores jurídicos radicados na comunidade, operando como mandatos de otimização através da mediação concretizadora do legislador ou do juiz. Constituem *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz)⁴². Atuam como balizas normativas donde as demais normas derivam e a que se subordinam (natureza normogenética), dando coesão ao sistema jurídico⁴³. Em

⁴¹ “Os Poderes do Juiz Cível na Ação Declarativa”, in *Julgar*, N.º1, 2007, p. 65.

⁴² JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Almedina, p. 1146.

⁴³ Quando os princípios entram em colisão entre si, «cada princípio [tem] de ceder perante o outro, de modo a que ambos sejam atuados “em termos ótimos” (“mandado de otimização”). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens. Aqui trata-se, em última análise, do valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais princípios.» — KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 676.

direito civil, são enunciáveis designadamente os seguintes princípios: princípio da personalidade singular e coletiva; reconhecimento dos direitos de personalidade; princípio da igualdade social; princípio da intangibilidade familiar; princípio da autonomia da vontade; princípio da propriedade privada; princípio da legitimidade da herança e do direito de testar ou reconhecimento do fenómeno sucessório; responsabilidade civil; princípio da responsabilidade pelo risco; princípio da solidariedade social. Este último enfatiza a função social da propriedade e dos negócios jurídicos, conciliando as necessidades da coletividade e dos interesses particulares. Em última instância, o abuso de direito e o princípio da boa fé entroncam no princípio da solidariedade social.

Resulta da norma em causa que o juiz só syndica o âmbito material do acordo (o seu conteúdo) no intuito de aferir se o mesmo fere algum princípio estruturante da ordem jurídica que opere como limite à autonomia privada. Dito de outra forma, cabe ao juiz aquilatar apenas se, no âmbito da sua autonomia privada, as partes convencionaram um regime que lesa ou colide com outros princípios jurídicos fundamentais e estruturantes, os quais não podem ser preteridos pela autonomia privada. Ou seja, a sindicância judicial incide sobre a verificação de requisitos negativos e não sobre a oportunidade e adequação intrínsecas ao acordo.

Neste contexto, a remissão para a “solução de equidade” no atual 594.º, n.º 3, é anacrónica. A solução de equidade não constitui condição nem requisito de atendibilidade do acordo das partes (negócio jurídico processual). A conciliação encontra a sua eficácia (e ancora a sua legitimidade) no consenso das partes, não na qualidade de ser mais ou menos conforme com a equidade.

Uma breve excursão pelos ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos evidencia que a conciliação não está condicionada a uma solução de equidade ⁴⁴.

⁴⁴ O Artigo 278.º do ZPO prevê a tentativa de conciliação, no âmbito do qual o juiz discute com as partes as circunstâncias e os factos bem como a situação jurídica da disputa até essa altura, avaliando todas as circunstâncias sem restrições e formulando as questões que entender necessárias (n.º2). 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).

A Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 prevê uma audiência prévia 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 (Artigos 414.º e 415.º). Não é feita qualquer referência à intervenção ativa do juiz nem a que a mesma seja norteadada pela obtenção de uma solução de equidade.

O atual Codice di Procedura Civile prevê que o juiz, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, pode convocar as partes para a realização de uma tentativa de conciliação em qualquer fase do processo, podendo renovar-se a tentativa de conciliação durante a fase da instrução — cf. Artigos 117.º e 185.º.

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 (Artigos 127.º a 130.º). Com a anuência das partes, o juiz pode designar uma terceira pessoa (física ou associação) para mediar o conflito, sendo que o período inicial da mediação não pode exceder três meses (Artigos 131-1 a 131-15). O juiz pode findar, a qualquer momento, a medição a pedido das partes ou por iniciativa

Atualmente, o sentido útil do parâmetro da “solução de equidade” con-substancia-se numa advertência dirigida ao juiz no sentido de que as propostas de acordo emanadas do mesmo deverão ter em devida conta o interesse legítimo de ambas as partes e propugnar por uma ponderação equilibrada dos interesses e necessidades recíprocas das partes, de molde a que possam ser aceites pelos litigantes. O legislador lembra ao juiz que a justa resolução do caso é a meta desejável da atividade judicial. Todavia, essa pauta de atuação judicial decorre do sistema jurídico em geral e sempre teria de ser observada, não necessitando de autonomização expressa a propósito da tentativa de conciliação.

5. TENSÃO ENTRE A IMPARCIALIDADE E A POSTURA ATIVA DO JUIZ

Na tentativa de conciliação, o juiz desempenha materialmente as funções de mediador. Na eventualidade da conciliação se frustrar, o mesmo juiz terá de proferir uma decisão de mérito, de fundo, num contexto em que o litígio sob apreciação já não lhe é novo. A questão que aqui se coloca é a de saber se a parte, neste contexto, pode suscitar a questão da parcialidade do juiz.

Na resposta a esta questão, há que configurar dois cenários.

Num primeiro cenário, o juiz — sem dizer quem tem razão ou não — remete-se à sua função de mediador com respeito dos princípios e técnicas já estudadas, propugnando e propondo às partes uma solução de compromisso. Incute um caráter objetivo à sua atuação, não pressionando as partes, nem deixando entender — implicitamente — às partes qual será a decisão de mérito caso o processo prossiga para julgamento. Aqui falece às partes qualquer pretexto para duvidar da imparcialidade do juiz. Num segundo cenário, o juiz deixa transparecer qual a sua posição sobre o mérito intrínseco das pretensões das partes, eventualidade em que as partes poderão questionar a imparcialidade do mesmo.

Com efeito, em sede de tentativa de conciliação, o juiz deve atuar nas vestes de conciliador e não como o oráculo que determina a lei aplicável ao caso. O juiz deve abster-se de emitir juízos sobre o mérito intrínseco das pretensões em disputa. Tal tipo de comentários pode comprometer a sua posição e prejudicar a credibilidade da eventual futura resolução herecompositiva que seja obrigado a adotar. Na verdade, “Apesar de o juiz-mediador não falar “judicialmente” durante a sessão de mediação, a posição do juiz na sociedade é tal que é difícil para as partes fazer tal distinção e, consequentemente, as partes podem fácil — e compreensivelmente — interpretar mal o que o juiz diz durante a mediação como a posição definitiva do tribunal sobre a questão.”⁴⁵

do mediador (Artigo 131-10). A homologação do acordo obtido na sequência de mediação é considerada como matéria graciosa (Artigo 131-12).

⁴⁵ LOUISE OTIS e ERIC H. REITER, *op. cit.*, pp. 369-370.

A tentativa de conciliação não é um fórum que se destine (i) à discussão de teses jurídicas e (ii) a sopesar as provas dos factos já adquiridas ou constituídas. O papel do juiz consiste em facilitar e promover a autonomia das partes, não lhe cabendo conhecer de mérito nesta fase, nem emitir opiniões ⁴⁶. Não cabe ao juiz fornecer às partes elementos que coloquem uma das partes em vantagem perante a outra, nomeadamente adiantando a sua posição jurídica sobre uma questão ou fazendo juízos de verosimilhança em relação à matéria de facto. Com este tipo de condutas, o juiz não mantém o “recoo ético bastante que salvasse a sua autoridade de decisor último.” ⁴⁷ Uma atuação similar tem o condão de reduzir a margem de negociação entre as partes, radicalizando e polarizando ainda mais o conflito. Admitimos, apenas, que o juiz relembre às partes a jurisprudência que vem sendo seguida a propósito de litígios similares, sem que adira a uma posição em concreto. Tal elucidação terá virtualidades pedagógicas perante as próprias partes, presumindo-se que os mandatários devem estar cientes da jurisprudência existente.

Perante este difícil equilíbrio entre a função atual do juiz como mediador e, face à sucumbência do acordo, a sua intervenção futura como decisor do mesmo litígio, muitas vezes propugnam que o juiz da tentativa de conciliação não deverá presidir ao subsequente julgamento, evitando-se — assim — que os interesses e condicionalismos da tentativa de conciliação possam viciar ou interferir no julgamento ⁴⁸.

PETER SCHUCK tipifica os riscos emergentes desta situação em três tipos: (i) o risco de ascendente judicial na medida em que, mesmo que o juiz proceda escrupulosamente no sentido de não castigar ou recompensar o mandatário que não colaborou ou colaborou na tentativa de conciliação, persistirá o perigo dos mandatários interpretarem o envolvimento do juiz como implicando uma coerção velada; (ii) o sobrecomprometimento do juiz na medida em que se pode argumentar que o juiz, depois de ter investido na procura de uma solução por acordo, não fica indiferente perante o soçobrar da mesma, ou seja, o juiz que julga depois de mediar sem sucesso pode ter um interesse

⁴⁶ Afirma pertinentemente JOANA PAIXÃO CAMPOS, *op. cit.*, p. 75, que “O conciliador é humano, pelo que pode sentir empatias mas não as pode deixar transparecer. As partes tentam criar alianças e o juiz não pode permitir isso. Tem de ser imparcial., assertivo e tem de haver ausência de crítica, de juízos. Se o juiz conseguir isto, as partes perdem os filtros. Sentem que o juiz está envolvido e interessado em resolver o problema e contam tudo.”

⁴⁷ JOSÉ IGREJA MATOS, *Um Modelo de Juiz Para o Processo Civil Actual*, Coimbra Editora, 2010, p. 81.

⁴⁸ Cf. PETER ROBINSON, “Adding Judicial Mediation to the Debate About Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them For Trial”, in *Journal or Dispute Resolution*, 2006, N.º 2, p. 339; EDWARD BRUNET, “Judicial Mediation And Signaling”, in *Nevada Law Journal*, 2002-2003, Vol. 3, pp. 246-248, <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1259&context=nlj>. O Supremo Tribunal do Estado do Connecticut decidiu que quando um juiz se envolve numa tentativa de conciliação antes do julgamento, o mesmo deve automaticamente ser dispensado de julgar o caso para eliminar qualquer aparência de impropriedade. Por sua vez, o Supremo Tribunal de Montana entende que o juiz deve ser dispensado de julgar o caso, após uma tentativa de conciliação falhada, se tal for requerido por uma das partes — PETER ROBINSON, *op. cit.*, p. 367.

emocional (“*emotional stake*”) na resolução do caso ⁴⁹; (iii) a deslealdade processual (“*procedural unfairness*”) na medida em que as vertentes informal e sigilosa (v. g., *caucus*) da tentativa de conciliação podem interferir com aspetos processuais subsequentes tais como a exatidão no apuramento dos factos ⁵⁰, dignidade individual, participação e transparência do processo de decisão ⁵¹.

A questão que emerge é a da definição da linha que separa a parcialidade da imparcialidade do julgador.

O direito a um processo equitativo e a um tribunal imparcial constitui um direito fundamental — cf. Artigo 20.º, n.º 4, da CRP e Artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Segundo o TEDH, a imparcialidade pode ser apreciada numa perspetiva subjetiva ou objetiva. Na primeira, considera-se a convicção pessoal e o comportamento do juiz, cuidando-se de saber se o mesmo evidencia um viés (“*parti pris*”) ou preconceito pessoal no processo. A imparcialidade subjetiva do magistrado presume-se até prova em contrário (*Micallef c. Malta*, § 94). A prova em contrário assentará, por exemplo, na demonstração que o juiz revelou hostilidade face a uma das partes (*Buscemi c. Itália*, §§ 67-68). No que tange à imparcialidade objetiva ou funcional, a mesma deve ser combinada com a teoria da aparência: “*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*”. Em sede de imparcialidade objetiva, há que determinar se o tribunal oferece, sobretudo através da sua composição, garantias suficientes para excluir qualquer dúvida quanto à sua imparcialidade.

No que tange ao exercício de diferentes funções pelo juiz ao longo do processo, o TEDH entende que o simples facto do juiz ter já tomado várias decisões antes do processo não justifica, de per si, apreensão relativamente à sua imparcialidade. O que releva é a extensão das medidas adotadas pelo juiz antes do processo. Do mesmo modo, o conhecimento aprofundado que o juiz tem da questão não implica um preconceito que impeça de o considerar como imparcial no momento em que terá de decidir de mérito. Ou seja, a apreciação preliminar dos dados disponíveis também não poderá projetar-se como pré-julgamento da apreciação final. Esta tem de se apoiar no julgamento e nos elementos de prova produzidos e debatidos na audiência (*Morel c. França*, §45). Há que averiguar se a afinidade entre as questões de fundo decididas nas diferentes fases do processo é de tal modo estreita que gere uma dúvida sobre a imparcialidade do juiz que toma as decisões nas diferen-

⁴⁹ EDWARD BRUNET, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁰ Veja-se o que já ficou dito *supra* sobre o viés confirmatório. De facto, a informação confidencial pode servir para influenciar o juiz que decide de mérito a favor ou contra uma das partes, comprometendo a integridade do processo de decisão- cf. PETER ROBINSON, *op. cit.*, p. 364.

⁵¹ PETER H. SCHUCK, “The role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example”, 53, U. Chi. L. Rev., 337 (1986), pp. 359-362 *apud* PETER ROBINSON, “Adding Judicial Mediation to the Debate About Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them For Trial”, in *Journal of Dispute Resolution*, 2006, N.º 2, p. 340-341.

tes fases (*Taziczka c. Polónia*, § 36). Será o caso de o juiz participar em dois processos que incidem sobre os mesmos factos (*Indra c. Eslováquia*, §§ 51-53) ⁵².

Em conformidade com a jurisprudência do TEDH, a circunstância do juiz exercer materialmente a atividade de mediador em sede de tentativa de conciliação não integra, de per si, fundamento para questionar a sua imparcialidade. Isto mesmo que o juiz formule, em cumprimento da lei, propostas no intuito das partes lograrem um acordo. Desde logo, porque essa atividade e a formulação das propostas não consubstanciam decisões, não vinculam as partes quanto ao seu conteúdo. Diversamente, se, durante a tentativa de conciliação, o juiz antecipar explicitamente um juízo de mérito sobre as pretensões das partes e tecer considerações valorativas sobre as provas já reunidas e a produzir, então haverá fundamento suficiente para questionar a imparcialidade subjetiva do juiz. Com esse tipo de condutas, é o próprio juiz que fixa uma estreita conexão entre as questões que são apreciadas e decididas em diferentes fases do processo.

O nosso CPC erige como um dos fundamentos de impedimento do juiz o facto do mesmo ter de “*decidir questão sobre que tenha dado parecer ou se tenha pronunciado, ainda que oralmente*” — alínea c), do n.º 1, do Artigo 115.º. Cremos que a segunda hipótese versada no parágrafo anterior se subsume, de pleno, a este fundamento de impedimento. O próprio juiz deverá declarar-se impedido sem prejuízo das partes poderem requerer a declaração de impedimento até à sentença — Artigo 116.º, n.º 1.

Poderão ocorrer contextos fácticos em que a formulação pelo juiz de uma proposta de acordo seja, de forma necessária ou incontornável, lida pelas partes como uma tomada de posição implícita do juiz quanto ao mérito final da ação. Num contexto dessa índole, o juiz incorre num conflito de deveres entre o cumprimento do disposto no Artigo 594.º, n.º 3 e 4 (postura ativa com formulação de propostas) e a observância do dever de imparcialidade, que constitui uma garantia das partes. Este dever sobreleva em relação àquele pelo que deverá prevalecer.

De todo o modo, o próprio CPC contém solução suficiente para dirimir o conflito. Com efeito, da conjugação do Artigo 6.º, n.º 1, com o Artigo 547.º (*princípio da adequação formal*) resulta que compete ao juiz adotar a tramitação processual às especificidades da causa, adaptando o conteúdo dos atos processuais ao fim que visam atingir, de forma a assegurar um processo equitativo. Consoante já vimos, o direito a um processo equitativo pretende garantir ao cidadão, entre outros, o direito de acesso a tribunais integrados por juízes independentes e imparciais ⁵³.

⁵² Cf. FRÉDÉRIQUE EUDIER, “Le Juge Civil Impartial”, <http://www.univ-rouen.fr/servlet/com.univ.util.LectureFichierJoint?CODE=1103827349577&LANGUE=0>; Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Guide Sur l’Article 6, Droit à un Procès Équitable (volet civil)*, 2013, <http://www.fbols.net/6cedh.pdf>, pp. 29-32.

⁵³ Cf. Artigo 20.º, n.º 4, da CRP, Artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Na jurisprudência, cf.,

O princípio da adequação formal contrapõe-se ao rígido princípio da legalidade das formas processuais, consubstanciando uma norma processual aberta que permite moldar o conteúdo do ato processual (ou questionar a própria existência do mesmo) face às especificidades de um concreto processo (*plasticidade processual*). Colocado perante a concreta ocorrência de uma ineficácia ou de uma ineficiência, o juiz tem o dever de operar uma alteração do guião processual legal⁵⁴. Deste modo, em contextos fácticos de tal modo específicos em que a formulação de uma proposta de acordo pelo juiz seja, necessariamente, lida como um pré-juízo sobre o mérito final da ação, poderá o juiz abster-se de formular proposta de acordo, invocando expressamente o princípio da adequação formal como instrumento ao serviço da garantia da imparcialidade subjetiva do julgador.

Em termos preventivos, se o considerar conveniente e com o acordo das partes, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância — n.º 1 do Artigo 273.º do Código de Processo Civil. Apesar de introduzida já em 2009 pela Lei n.º 29/2009, de 29.6., esta possibilidade da suspensão da instância com remessa do processo para mediação está a dar os primeiros passos, não constituindo ainda prática comum nos tribunais⁵⁵.

O n.º 4 do Artigo 594.º impõe ao juiz que consigne em ata as concretas soluções que sugeriu, caso se frustre — total ou parcialmente — a conciliação. A razão de ser e a pertinência deste regime não são facilmente descortináveis. Conforme já enfatizámos, o juiz não se autovincula com a formulação de propostas porquanto a eficácia destas se esgota na tentativa de conciliação, mesmo quando a decisão final tenha de ser ditadas por critérios de equidade, *v. g.*, Artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil. Também não se concebe que as propostas em causa sejam objeto de apreciação para efeitos de avaliação do juiz em sede de inspeção judicial, tanto mais que as mesmas não podem ser apartadas do concreto contexto que precedeu a sua formulação, o qual é de difícil acesso e valoração pelo inspetor.

Creemos que o sentido útil desta imposição é o de compelir o juiz a intervir, em termos reais e efetivos, na construção de uma solução negociada para o litígio, fazendo-o descer do pedestal confortável em que, com frequência, se refugia. Do mesmo passo, evita-se que a tentativa de conciliação seja convocada com intuitos meramente formais e dilatatórios, isto é, numa ótica de pura gestão do volume de trabalho, numa investida cujo escopo é apenas o de o juiz lograr eximir-se ao estudo do processo e subsequente julgamento.

entre outros, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.4.2010, *Rosário Morgado*, 5392.07.

⁵⁴ PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Almedina, 2013, p. 422.

⁵⁵ A Portaria n.º 344/2013, de 27.11., veio instituir o serviço competente do Ministério da Justiça para organizar a lista de mediadores e elencar os requisitos de inscrição. Por sua vez, a Portaria n.º 345/2013, de 27.11., veio atribuir à DGPL a competência para certificar as entidades formadoras de mediadores de conflitos.