



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

CONCILIAÇÃO JUDICIAL E IMPARCIALIDADE DO JULGADOR:
exame de compatibilidade à luz do risco de contaminação psíquica do
juiz

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Paulo de Tarso Duarte Menezes

Orientador: Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro

Número do candidato: 30007818

Junho de 2021

Lisboa

Esta dissertação foi desenvolvida no âmbito do projeto *Autotutela e Realização do Direito Privado* do Ratio Legis - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Gilberto Moreira Menezes e *in memoriam* de Maria da Penha Duarte Menezes, meus pais, que construíram minhas raízes que hoje me sustentam; a toda minha família, que me deu as possibilidades materiais e os valores morais para meu crescimento; ao amor da minha vida, Isabela Brito Henrique da Costa Menezes, que me colocou folhagem – com seu apoio incondicional em todos meus projetos de vida – e trouxe-me a fertilidade para produzir três frutos que me tornam tão feliz: Maria Luísa, Henrique Neto e Luís Heitor.

Aos colegas e às colegas – docentes, discentes, servidores e servidoras – da Universidade do Estado da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Doutor António Pedro Pinto Monteiro, pela forma como conduziu a orientação, com disponibilidade, com presteza, com polidez e com sabedoria, ingredientes que tornaram o trabalho prazeroso e construtivo. Suas lições serão guardadas comigo pelo resto dos meus dias.

A todos que, de uma forma ou de outra, trouxeram colaborações valorosas e reflexões a este trabalho – contribuições técnicas, questionamentos acerca das ideias aqui apresentadas – ou que simplesmente me acolheram quando quis fraquejar, nomeadamente: Alexandre do Nascimento Souza, Adriano Espíndola Sandes, Alexandre Freire Pimentel, Ana Priscila Duarte Aguiar, António Pedro Ferreira (UAL), Cícero Everaldo Ferreira Silva, Danielle Souza de Andrade e S. Cavalcanti, Edmilson Cruz Junior, equipe de servidores do Juizado Especial Criminal de Petrolina (TJPE), Francisco Henrique da Costa, Getúlio Medeiros, Gilberto Moreira Menezes Júnior, Giselle Maria Duarte Menezes, Gláucia Brito Henrique da Costa, Iure Pedroza Menezes, João Victor Duarte Moreira, José Eliaci D. Júnior, José Renato Amirat B. B. de Carvalho, Joseane Ramos Duarte Soares (ESMAPE), Josué Brito Henrique da Costa, Luciano Sérgio Ventin Bonfim, Luiz Antônio Costa de Santana, Luiz Eduardo Gomes do Nascimento, Maria Goretti Duarte de Aguiar, Maria Isabel Duarte Menezes, Maria Socorro Duarte, Maryângela Ribeiro de Aquino, Pedro Henrique Matos Souza de Santana, Pedro Jorge do Nascimento Costa, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, Rodrigo de Alencar Freire Nogueira, Rosivaldo Salviano, Roviane Oliveira, Salma Brito Henrique da Costa (*in memoriam*), Vicente Duarte Neto e Vitória Souza da Silva.

“Dentre as ciências humanas o direito é talvez a mais vulnerável. Pura linguagem, é facilmente manipulável, mas porque é um *dizer* que se faz perigosamente *decisão*, poder de interferir na liberdade e no patrimônio das pessoas, essa manipulabilidade reclama vigilância permanente e senso crítico apurado tantos de quantos integram o universo dos denominados juristas. Nada é mais pernicioso que se substituir o esforço pela cientificidade do Direito pelo *discurso jurídico*, um amontoado de palavras despidas do mínimo de coerência que se exige de qualquer discurso como pretensões de racionalidade” (CALMON DE PASSOS, J. J. **Ensaaios e artigos**. Salvador: JusPodivm, 2016. v. II, p. 419).

RESUMO

O fascínio do universo processual civil por meios alternativos de resolução de conflitos à jurisdição estatal parece ter ensombrado, nos últimos tempos, as discussões ético-jurídicas envolvendo valores inalienáveis à atividade de distribuição da justiça, entre os quais a garantia de imparcialidade do juiz. A fim de reiterar a importância e relevância da integridade da jurisdição, considerando os pilares estruturais do Estado de direito democrático, este estudo visa responder às questões de saber se a participação do juiz na sessão de conciliação judicial para obter uma solução autocompositiva para o litígio prejudica a imparcialidade dos juizes. Ao considerar a necessidade perene de identificar aspetos que legitimam a jurisdição, são também questionadas opções legislativas, tais como a atribuição da função de conciliar e julgar ao mesmo sujeito processual. Tendo como objeto de análise qualitativa o papel do juiz-conciliador português e as previsões normativas do respetivo Código de Processo Civil, o presente documento examina à primeira vista a conciliação judicial em Portugal e em ordenamentos jurídicos de proximidade. Depois de moldado o conceito de imparcialidade possível, mas atento às marcas da psicologia cognitiva, examinam-se as características que permeiam a sessão de autocomposição endo-procedural, demonstrando que a presidência desse ato, por parte do juiz, representa um fator de efetivo enviesamento psíquico do juiz, com potencial para minar a premissa de igualdade das partes, sem a qual a solução estatal formulada para um conflito não é legítima. Finalmente, a teoria da descontaminação de um julgamento manchado por provas ilícitas é apontada como a que oferece razões adequadas para apoiar a desaconselhabilidade da prática da acumulação de funções processuais, uma vez que estas são, pela sua respetiva natureza, incompatíveis.

Palavras-chave: Leis processuais civis; Mediação; Conciliação judicial; Imparcialidade do juiz; ADR; Meios alternativos de resolução de conflitos; Audiência preliminar; Viés do juiz; Contaminação psíquica; Psicologia da cognição; Juiz-conciliador; Processo justo; Igualdade processual; Teoria da descontaminação.

ABSTRACT

The enthrallment of the civil procedural universe for alternative means of conflict resolution to the state jurisdiction seems to have overshadowed, in recent times, ethical-legal discussions involving inalienable values to the activity of distribution of justice, among which is the guarantee of impartiality of the judge.

In order to reiterate the importance and relevance of the integrity of the jurisdiction, considering the structural pillars of the democratic rule of law, this study aims to answer the question whether the participation of the judge in the judicial conciliation session to obtain a self-compositive solution to the dispute undermines the judge's impartiality.

In considering the perennial need to identify aspects that legitimise the jurisdiction, legislative options are also questioned, such as attributing the function of conciliating and judging to the same procedural subject.

Having as object of qualitative analysis the role of the Portuguese judge-reconciliator and the normative provisions of the respective Code of Civil Procedure, this work examines, in a first glance, the judicial conciliation in Portugal and in similar countries.

After shaping the concept of impartiality possible, but attentive to the marks of cognitive psychology, it is examined the characteristics that permeate the session of endo-procedural self-composition, demonstrating that the presidency of that act, by the judge, represents a factor of effective psychic bias of the judge, with potential to undermine the premise of equality of the parties, without which the state solution formulated for a conflict is not legitimate.

Finally, the theory of decontamination of a trial tainted by illicit evidence is pointed out as the one that offers adequate reasons to endorse the inadvisability of the practice of the accumulation of procedural functions, since they are, by their respective natures, incompatible.

Keywords: Civil procedural law; Mediation; Judicial conciliation; Impartiality of the judge; ADR; Alternative means of conflict resolution; Preliminary hearing; Bias of judge; Psychic contamination; Psychology of cognition; Judge-conciliator; Fair process; Procedural equality; Decontamination theory.

RESUMEN

El embelesamiento del universo procesal civil por los medios de resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción estatal parece haber eclipsado en los últimos tiempos las discusiones ético-jurídicas que implican valores irrenunciables a la actividad de distribución de justicia, entre los que se encuentra la garantía de imparcialidad del juez. Con el fin de reiterar la importancia y relevancia de la integridad de la jurisdicción, considerando los pilares estructurales del Estado de Derecho democrático, este estudio pretende responder a las preguntas de si la participación del juez en la sesión de conciliación judicial para obtener una solución autocompositiva del conflicto socava la imparcialidad de los jueces. Al considerar la perenne necesidad de identificar los aspectos que legitiman la jurisdicción, también se cuestionan las opciones legislativas, como atribuir la función de conciliar y juzgar al mismo sujeto procesal. Al considerar la perenne necesidad de identificar los aspectos que legitiman la jurisdicción, también se cuestionan las opciones legislativas, como atribuir la función de conciliar y juzgar al mismo sujeto procesal. Teniendo como objeto de análisis cualitativo el papel del juez conciliador portugués y las previsiones normativas de la respectiva Ley de Enjuiciamiento Civil, este trabajo examina en una primera aproximación la conciliación judicial en Portugal y países similares. Después de configurar el concepto de imparcialidad posible, pero atento a las marcas de la psicología cognitiva, se examinan las características que impregnan la sesión de autocomposición endo-procesal, demostrando que la presidencia de ese acto, por parte del juez, representa un factor de sesgo psíquico efectivo del juez, con potencial para socavar la premisa de igualdad de las partes, sin la cual la solución estatal formulada para un conflicto no es legítima. Finalmente, se señala la teoría de la descontaminación de un juicio viciado por pruebas ilícitas como la que ofrece razones adecuadas para avalar la desaconsejabilidad de la práctica de la acumulación de funciones procesales, ya que son, por sus respectivas naturalezas, incompatibles.

Palabras clave: Leyes procesales civiles; Mediación; Conciliación judicial; Imparcialidad del juez; ADR; Medios alternativos de resolución de conflictos; Audiencia preliminar; Sesgo del juez; Contaminación psíquica; Psicología de la cognición; Juez-conciliador; Proceso justo; Igualdad procesal; Teoría de la descontaminación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PAPEL DE CONCILIADOR JUDICIAL DO JUIZ NO DIREITO PORTUGUÊS	
16	
1.1. O conflito e seus métodos de solução	17
1.2. O modelo de conciliação judicial em Portugal e alguns outros ordenamentos jurídicos.....	29
2. A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	44
2.1. A imparcialidade do julgador como pressuposto essencial da jurisdição no Estado Democrático de Direito	44
2.2. O enviesamento psíquico do julgador como fator de comprometimento da imparcialidade do juiz	61
3. A CONCILIAÇÃO JUDICIAL E OS PREJUÍZOS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	71
3.1. A atividade de conciliador judicial e o enviesamento do julgador	72
3.2. O enviesamento psíquico do julgador como fator de comprometimento da imparcialidade e a teoria da descontaminação do julgamento	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
Referências bibliográficas	100

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
CEDH	Covenção Europeia dos Direitos do Homem
CPC	Código de Processo Civil
CPTP	DL n.º 480/99, de 09 de Novembro
CRP	Constituição da República Portuguesa
Directiva 2008/52/CE	Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008 , relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LJP	Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho
LMP	Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
ZPO	Zivilprozessordnung

INTRODUÇÃO

Em um mundo de desacordos morais tem-se como notório o sucesso que os meios alternativos à solução judicial dos conflitos vêm-se apresentando nas mais diversificadas ordens jurídicas ocidentais, nos últimos tempos, especialmente quando se propõem, no pensamento hegemônico da ciência processual, resolver a suposta falência do Estado enquanto principal ente social de solução de litígios, diante do poder-dever decorrente do exercício da soberania.

Imerso nesse universo de idealismo apoteótico acerca das vias autocompositivas de solução de conflitos, estas eleitas, pelo consenso da ocasião, como a panaceia do problema acima identificado, a conciliação destaca-se como técnica para a autocomposição que, juntamente com a mediação, favorece o êxito de um acerto das partes em disputa, especialmente por permitir ao reclamado o exercício da autonomia da vontade dos litigantes, capaz de recolocar as partes no centro das aspirações do processo civil hodierno.

Frente a essa onda de exaltação dos mecanismos de ADR, parece ser necessário um exame crítico da forma como se conformou a reconstrução de alguns caminhos alternativos à solução adjudicatória, especialmente quando se percebe que a luz lançada sobre tais mecanismo pode ter o poder de ofuscar importantes valores que não só legitimam, mas resolvem expectativas sociais depositadas na atividade essencial do Estado de dizer o direito, ainda que não se possa levemente desmerecer, a qualquer custo, as virtudes que os métodos autocompositivos, quando empregados com a devida coerência ético-jurídica, são capazes de exprimir.

Neste trabalho, portanto, objetiva-se investigar se a participação do juiz na sessão judicial para a obtenção de uma solução autocompositiva do litígio macula a imparcialidade do julgador. Por uma lente de perspectiva crítica, buscar-se-á a construção de um exame dos aspetos relacionados à conciliação judicial, no modelo português, no qual se concebe a figura do juiz-conciliador, e uma necessária retomada da preocupação que deve ser depositada na essencial características da jurisdição, qual seja, que ela seja exercida nos limites definidos pelo *princípio da imparcialidade*, assim resgatando a importância desse valor para o processo civil, no Estado de Direito Democrático.

Para tanto, no primeiro capítulo, dar-se-á início com a discussão acerca da distinção entre conflito e litígio. A partir disso, sem deixar de questionar o valor que aquele tem para o desenvolvimento das sociedades humanas, propõe-se a descrição dos métodos de

solucioná-lo, com foco no papel dos intermediários convocados pelos contedores para facilitar a pacificação da questão ou até mesmo para resolvê-la, com ou sem a apresentação de solução imperativa.

Nesta parte, apresentar-se-á de forma destacada a conciliação e a mediação, enquanto técnicas autocompositivas a exigir abordagem conjunta, considerando o grau de imbricação entre os institutos. No que diz respeito à mediação, será exaltada a importância da confidencialidade como marca capaz de garantir o encorajamento dos contedores, que se lançam na busca de uma solução autocompositiva, ponto depois a ser enfrentado em Capítulo mais avançado do presente estudo.

Relativamente às vias de heterocomposição, assinalar-se-á a perenidade da arbitragem desde a civilização romana, na Antiguidade, em contraste com a precocidade histórica da jurisdição estatal organicamente estruturada, que neste último caso somente se moldou quando da consolidação da arquitetura dos Estados modernos, eis que aquela foi caudatária dos movimentos históricos destes últimos. Nessa trilha, no pós-guerra identifica-se um recrudescimento de meios alternativos à jurisdição estatal de solução de conflitos, especialmente impulsionados pela inadequação do Poder Judiciário para atender anseios de celeridade e efetividade, sobretudo quando afloram novas conformações de Direitos, tais como o Direito Ambiental e o Consumerista, dadas as transformações sociais advindas da sociedade do consumo.

Diante disso, não se poderia deixar de examinar as transformações ocorridas nos Estados Unidos da América, que encantado por uma ideologia de harmonização social, investiram em vias alternativas à jurisdição adjudicatória estatal, culminando com a experiência da justiça multiportas, que não só influenciou outras nações, mas também reanimou esforços que patrocinam tudo aquilo que se volta ao acordo como solução nas várias modalidades de conflitos.

Na segunda parte, apresentar-se-á, logo de início, uma incursão histórica, quanto ao Direito Português, no que diz respeito à conciliação endoprocessual e a afirmação do *princípio do inquisitivo*, até a culminação da hodierna vertente do processo enquanto comunidade de trabalho em cooperação entre os sujeitos processuais. A partir de tais transformações, poder-se-á constatar que a audiência prévia se tornou o momento primordial para a tentativa de ajustamento autocompositivo das partes, ato presidido pelo juiz, que também

será o julgador da causa, na hipótese de o acerto restar frustrado, opções legislativas que deverá ser examinada como uma franca ameaça à imparcialidade do julgador.

Como forma de garantir propriedade ao exame proposto, observar-se-ão similitudes de tal modelo com o apresentado entre alguns países do entorno de influência jurídica do Direito Processual Civil Português, com destaque para Itália, Alemanha, França e Brasil.

No segundo capítulo, os esforços envolvem, primeiramente, a tentativa de construção de um conceito possível de imparcialidade do julgador. Para tanto, partir-se-á de uma visada acerca da construção histórica do instituto processual, que evoluiu ligado indissociavelmente, de um lado, à teoria da prova e, de outro, ao incremento de importância recebido pela função judicial ao longo da história da modernidade ocidental, enquanto campo de elevação da racionalidade, divorciando-se das ideias metafísicas do Estado confessional.

Nessa perspectiva, o advento das ideias inauguradas pelas revoluções burguesas imprime, na neófito estrutura dos Estados Modernos, vetores organizacionais que aponta para megavalores como o *princípio da impessoalidade*, que agora orienta a ação dos sujeitos estatais, convidando-os a um suposto agir com neutralidade, atributo que vai inspirar e até confundir-se com imparcialidade judicial.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que imparcialidade e igualdade processual são princípios inexoravelmente relacionados, far-se-á uma incursão sobre a expressão “neutralidade”, com o objeto de investigar se ela é facilitadora do processo construtivo de um conceito possível de imparcialidade. Em momento sucessivo, a discussão envolve o relacionamento da imparcialidade com a independência, uma vez que tais qualidades, afetas ao julgamento judicial, implementam o elenco dos valores de integridade judiciária em diversos contextos normativos.

Passo seguinte, seguro na ideia de que não se pode pensar na construção de conceito possível de imparcialidade sem que se firme um exame da categoria processual sob as óticas subjetiva e objetiva, assim se procederá, com especial atenção às balizas interpretativas fincadas nesse tema por tribunais da importância do TEDH, bem assim como a Constituição Portuguesa trata a imparcialidade diante do conceito de processo justo.

Como a imparcialidade do julgador é condição para garantir a igualdade de partes, buscar-se-á o exame não só das hipóteses processuais de afastamento de um juiz por eiva de

parcialidade, mas também se saber como a ignorância – enquanto falta de conhecimento prévio sobre fatos e circunstâncias – pode ser referência para a qualidade de um julgador desvestido de concepções prévias acerca dos fatos que vai qualificar juridicamente.

Em uma segunda parte, a pretensão é – sem se perder de vista o campo de importância dos temas afetos ao Direito, mas necessitando ser o mais ilustrativo possível acerca de algumas proposituras hodiernas da psicologia acerca da cognição humana – saber o quanto aquele setor do conhecimento humano tem a contribuir para o aperfeiçoamento das balizas da imparcialidade, especialmente se pode denunciar necessidades de superações e atualizar paradigmas que orientaram o legislador na formulação de hipóteses de parcialidade do julgador.

A análise de algumas premissas do processo cognitivo, portanto, tem por objeto criar plataforma argumentativa capaz de auxiliar no exame da compatibilidade ou não da cumulação das funções de conciliar e julgar hipotecadas ao juiz pelo legislador português, na forma das disposições do Código de Processo Civil, neste trabalho examinadas.

Na terceira e última parte, pretender-se-á – agora dotado de uma delimitação conceitual possível de imparcialidade, que não despreza o estado da arte de estudos atuais, na seara da psicologia dos processos cognitivos – examinar efetivamente a possibilidade da mesma pessoa, enquanto sujeito processual, presidir a sessão de conciliação judicial e realizar o julgamento daquela mesma causa, tendo em vista uma possível oneração indevida da imparcialidade.

Para isso, num primeiro momento promover-se-á a discussão acerca da possibilidade das tratativas realizadas na presença do juiz, quando daquela sessão autocompositiva, obnubilá-lo, de modo que, em caso de acordo frustrado, não possa conduzir, com a higidez cognitiva necessária, o processo judicial, por notório prejuízo ao exame da prova e ao consequente julgamento.

Nesse aspeto, atentando-se para a dimensão legitimadora que o procedimento deve imprimir no processo judicial, discorrer-se-á, com especial preocupação, acerca da preservação do *princípio da igualdade*, nas dimensões constitucionais que ele estampa, sem esquecer também da confiança social que emana do implemento das expectativas geradas nos cidadãos.

Se o estudo das características que permeiam o desenvolvimento de efetivo ato autocompositivo endoprocessual colidem com os anteparos processuais subjetivos que

proporcionam um julgamento imparcial, isso parece demonstrar que é inadequada a cumulação de atribuições supracitadas. Nesse cenário, ter-se-á como relevante tratar da importância da abertura de diálogo franco entre as partes, como caminho para a conciliação, bem assim que seja límpido o exercício da autonomia da vontade, sem que exista risco de que um acerto será imposto aos litigantes.

Para tanto, no momento incipiente, será necessário examinar como as partes podem ser incentivadas a se abrirem para uma discussão efetiva, em favor de um acerto, como também se a presença do juiz, naquele ambiente, favorece ou prejudica o desfecho exitoso de tal atividade. Nesse ponto, é salutar a retomada da análise comparativa entre a conciliação e a mediação, considerando especialmente a característica da confidencialidade e o quanto esta última proporciona o florescimento do *empowerment* das partes, assim como enfrentar a dogmática razão daquela característica não habitar as conciliações endoprocessuais em Portugal.

Ainda mais, tornar-se-á necessário investigar se a contaminação psíquica do julgador, pelo contato cognitivo com os fatos discutidos na autocomposição, no curso do processo judicial, pode ser remediada com a necessária garantia da preservação da imparcialidade ou se reconhecer que alguma mácula deixará na mente do juiz que deve julgar a causa sem juízo prévio acerca dos fatos que ensejaram a pretensão judicial revelada no pedido.

Nesse ponto, será necessário também retornar aos julgados paradigmáticos do TEDH, ainda que voltados às questões do processo penal, mas que envolvam a participação de um mesmo julgador em fases diversas do procedimento, à luz da questão do comprometimento da imparcialidade, para assim verificar a correção ou não das opções legislativas de acoplamento das funções de conciliar e de julgar, considerando a contaminação psíquica do julgador.

Em arremate derradeiro, merecerá atenção tentativa de aplicação das mesmas razões que são consideradas no rejuízo de uma causa, na hipótese de anulação do primeiro veredito por vício decorrente do uso indevido de prova declaradamente ilícita, ao problema da imparcialidade em face de o juiz-conciliador enviesado.

1. O PAPEL DE CONCILIADOR JUDICIAL DO JUIZ NO DIREITO PORTUGUÊS

Uma das características da sociedade humana é a experiência do conflito travado entre seus membros. O ser humano, por cultivar crenças e valores muitas vezes incompatíveis com o restante do grupo social a que pertence, envolve-se em constantes tensões e dilemas, capazes de gerar contendas¹.

Neste capítulo, pretende-se examinar o conflito e os métodos tradicionais que a Teoria Geral do Processo apresenta para a respetiva resolução, seguindo-se uma trilha guiada pela evolução histórica daqueles métodos, passando por métodos alternativos de solução de conflitos, e por fim culminar com exame mais detido de um dos alvos centrais da abordagem deste trabalho, a saber, a conciliação, enquanto técnica na obtenção da autocomposição, destacadamente na modalidade endoprocessual, regulada pelo Código de Processo Civil português.

Desse modo, impõe-se a necessidade de realçar tanto aquela técnica autocompositiva, quanto a mediação, dada a vizinhança que ambas estabelecem. Quanto à mediação, emprega-se tratamento descritivo de sua marca mais forte, qual seja, a confidencialidade, isso no intuito de viabilizar futura discussão, em capítulo apropriado, acerca da aplicação dessa característica na moldagem legislativa da conciliação.

Noutro passo, após demarcar as principais características do funcionamento da conciliação judicial no Direito Português, atento ao comércio jurídico que atualmente se opera entre diversas experiências nacionais com suas trocas e influências recíprocas, especialmente na ordem legislativa de países que guardam proximidade cultural e de tradição, permitir-se-á um olhar, ainda que perfuntório, dirigido às legislações processuais de outros Estados, justamente com o propósito de se delimitar marcos comparativos entre aquelas e o processo civil lusitano.

¹ HARARI, Yuval Noah – **Uma breve história da humanidade: sapiens**. p. 173, e no mesmo sentido, CALMON DE PASSOS, J. J. – **Revisitando o Direito, o Poder, A Justiça e o Processo**. p.102.

1.1. O conflito e seus métodos de solução

Conflito e litígio não se confundem. Como destaca Catarina Frade², o litígio tem sua gênese num conflito, este revelado pela perspectiva antagônica de indivíduos frente a uma questão da vida em sociedade. Quando um conflito é assumido como tal e os interessados naquela questão exigem intervenção para sua solução, tem-se aquilo que o Direito qualifica como litígio.

Embora o conflito tenha merecido, por alguns setores da doutrina jurídica, uma valoração social negativa, como um mal em si mesmo – pois se revela como ameaça à vida em sociedade – tal ideologia da harmonização³ desconsidera a força criadora que o conflito é capaz de deter, com possibilidade de reinventar preceitos normativos, por exemplo, questionando ideias hegemônicas que só se preocupam com a estabilidade social em detrimento dos momentos denominados de crises, essas com força propulsora para conduzir progressos nas sociedades humanas⁴.

Sem desmerecer esse aspecto positivo do conflito, uma sociedade, para se desenvolver, não se pode alicerçar em estado perene de guerra⁵, devendo ser capaz de solucionar de maneira adequada as contendas de seus membros. Para tanto, o processo judicial apresenta-se, nessa quadra histórica, como importante canal de resolutividade estatal dos litígios, ainda que não seja a única via capaz de alcançar o ajustamento dos comportamentos dos indivíduos em oposição.

Nessa senda, forma vetusta de resolver o conflito intersubjetivo entre contendores decorre do emprego exclusivo de força física ou bélica, sem que a solução seja orientada por alguma regra, prevalecendo a autotutela dos interesses daquele capaz de se sobrepor, por tal via, ao antagonista. Esse método, considerado primitivo para o grau de evolução das atuais

² FRADE, Catarina – A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha]. p. 108.

³ NADER, Laura – **Harmony ideology: justice and control in a Zapotec moutain**. p.02, sobre a ideologia da harmonização, assim resume o que esta pretende fazer prevalecer: “Apparently, the basic components of harmony ideology are the same everywhere: no emphasis on conciliation, recognition that resolution of conflict is inherently good and thas its reverse – continued conflict or controversy – is bad or dysfunctional, a view of harmonious behavior as more civilized than disputing behavior, the belief that consensus is of greater survival value than controversy”. Sobre a qualificação do litígio como uma doença social, verificar em CALMON DE PASSOS, J. J. – **Ensaio e artigos**. p. 32.

⁴ NADER, Laura – Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, p. 26.

⁵ HOBBS, Thomas – **Leviatã**. p. 252, considerava, como efeitos maléficos para os Estados, os conflitos intestinos, os ataques irregulares, bem como as agressões mútuas realizadas pelos seus integrantes.

sociedades humanas⁶, foi comum até que se formassem as condições para o surgimento de caminhos autocompositivos e heterocompositivos, quando, normalmente, pela intervenção de um terceiro imparcial persegue-se a solução do conflito. O aludido extraneus atua de duas formas mais consagradas: como fomentador do entendimento entre partes ou, ainda, como agente com poder de definir a solução da contenda.

Na lição de Alcalá-Zamora y Castilho⁷, o que caracteriza a autotutela, quando em contraste com outros métodos de solução de conflitos, é justamente a inexistência de um terceiro estranho às partes, mobilizado para participar de processos de construção de uma solução. O método, entretanto, não goza da segurança de proporcionar solução estável, porquanto aquele que outrora se encontrava na condição de vencido pode, quando contar com uma situação mais privilegiada, buscar a retomada daquilo que perdera, em novo cenário de disputa⁸.

Diferentemente da solução egoística revelada pela autotutela, na qual as relações interpessoais são verticalizadas entre posições de medição de força, por exemplo, os métodos autocompositivos desenvolvem-se, ideal e teoricamente, em relações de horizontalidade, nas quais a resolução do conflito será caracterizada pela persuasão e consensualidade⁹.

Eles podem resultar em renúncia, submissão ou transação. No primeiro caso, o reivindicante abdica de um direito que alega ser detentor, enquanto no segundo o reivindicado acata integralmente a pretensão reclamada contra si. Já na transação, tem-se a marca das concessões recíprocas para o êxito do acerto¹⁰.

No cenário autocompositivo, as técnicas de conciliação e de mediação facilitam o ajuste entre os indivíduos em conflito, em espaços de discussão voltados não só à finalidade de

⁶ MENEZES, Paulo de Tarso Duarte; SILVA, Vitória Souza da – Conciliação judicial: reflexão luso-brasileira sobre o papel do juiz. **Juris Plenum**, p. 112, registram o seguinte, acerca da distinção entre autotutela e autodefesa: “Contudo, há quem sustente o banimento integral de tal modalidade de solução de conflito, mormente considerando que, nos Estados modernos, impera a reserva de lei, não se admitindo qualquer agir à margem dela. Portanto, ainda naqueles casos de autodefesa, nos quais há expressa autorização legislativa para agir, eles não representam exceções ao poder estatal, visto que só são condutas legitimadas pela própria deliberação do Estado. Deste modo, diferentemente da primeira linha de pensamento, não existe sinonímia entre autotutela, meio historicamente renegado de solução de conflitos, com o instituto da autodefesa, este último a abrigar situações excepcionais, nas quais o indivíduo é legalmente autorizado a agir, usando do poder ou da força capaz de repelir, por exemplo, injusta agressão”.

⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto – **Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso**. p. 170.

⁸ SOUZA, André Pagani; *et al.* – **Teoria geral do processo contemporâneo** [Em linha].

⁹ ROCHA, José Albuquerque – **Teoria geral do processo**. p.13.

¹⁰ FERRARI, Francesca – The Judicial Attempt at Conciliation: the New section 185-bis of the Italian Code of Civil Procedure. **Russian Law Journal** [Em linha]. p. 90, também reconhece a possibilidade do conceito de transação ser sinônimo de acordo, desde que este último envolva concessões recíprocas.

resolver a questão de a quem deve ser entregue algum bem da vida em disputa, mas também admite a possibilidade de acomodar inclusive manifestação até de sentimentos¹¹, esses, em muitos casos, as verdadeiras fontes das contradições entre os contendores.

Assim, o emprego de tais técnicas permite a despolarização – esta inerente ao método adversarial¹², de esquema de perde-ganha – pela adoção de linguagem do tipo ternária, com a qual os contendores podem construir soluções de ganha-ganha¹³, em que todos obtêm alguma vantagem com a solução construída para o conflito.

Jerome Barrett¹⁴ destaca que a mediação, por exemplo, era via já difundida na China confucionista do período entre 551-479 a.C., pois ali o conflito era considerado como quebra de harmonia natural e, assim, quaisquer métodos de enfrentamento dele, por vias adversariais, representavam caminho antitético em relação à harmonia desejada. Desde a *Western Zhou Dynasty*, há dois milênios, aquela cultura já incluía, em seus quadros de administração governamental, o mediador de conflitos.

Merece ser destacada, por oportuno, que a distinção entre conceitos de conciliação e mediação é ponto de profunda controvérsia na doutrina, conforme sintetizado por Paixão Campos¹⁵, que reconhece três correntes de pensamento concernente à questão.

A primeira, mira na atividade desempenhada pelo conciliador e pelo mediador, formulando a característica distintiva pelo exame da maior ou menor intervenção daquele terceiro posto entre os contendores.

Nessa toada, segue o artigo 165, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que faz distinção legal entre as duas técnicas justamente lançando luz sobre a atuação do conciliador e do mediador. Em tal regramento, o mediador é indicado para os conflitos em que as partes tenham vínculo relacional anterior, tendo por finalidade restabelecer a comunicação entre elas; isso para que, de modo autônomo, possam encontrar a solução consensual, capaz de beneficiá-las mutuamente. Por seu turno, adota-se a conciliação quando

¹¹ WARAT, Luis Alberto – Ecologia, psicanálise e mediação. In **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. p.29, quando disserta acerca da mediação, afirma que o conflito resolvido por aquela via tem em conta inclusive relações afetivas: “A mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo entre as partes, exclusivamente patrimonial, sem marcas afetivas”.

¹² BACELLAR, Roberto Portugal – **Mediação e arbitragem** [Em linha].

¹³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista – A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos. **Revista Fórum de Direito Civil**. p. 102.

¹⁴ BARRETT, Jerome T – **A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement**. p. 06.

¹⁵ CAMPOS, Joana Paixão – **A Conciliação Judicial** [Em linha]. p. 13.

os litigantes não detêm vínculo anteriormente ao litígio, podendo tal terceiro sugerir soluções em relação às quais as partes podem aderir, pondo fim ao litígio.

A propósito de tal linha de classificação, a mediação, no sistema norte-americano, apresenta-se em duas subdivisões no tocante ao grau de intervenção do mediador¹⁶, sendo denominada de *mediação avaliativa* quando o terceiro expõe seu ponto de vista aos mediados e de *mediação facilitativa* a modalidade em que o terceiro cuida de não emitir opinião, restringindo-se a atuar como um facilitador da comunicação entre os mediados.

Outra corrente, apresentada por Paixão Campos¹⁷, considera a mediação e a conciliação atividades semelhantes, tendo como ponto de separação tão somente o fato de a última ser realizada pelo julgador da causa levada a juízo.

Na terceira e última, considera-se que não haja possibilidade de se estabelecer distinção entre conciliação e mediação¹⁸, porquanto o critério que compara o grau de intervenção do conciliador com o do mediador é inadequado em seu propósito, examinando-o no cenário extraprocessual. Ali, as atividades se confundem. Portanto, a distinção somente faz sentido quando examinada no contexto endoprocessual.

Nessa avaliação, o que caracteriza a mediação, e não se observa na conciliação, representando o verdadeiro ponto de clivagem, é justamente o que a autora denomina de *empowerment* dos contendores, representado pela liberdade plena dos envolvidos de realizarem, ou não um acordo ou até de desistirem a qualquer momento do processo autocompositivo quando assim entenderem oportuno, algo que não se vislumbra na conciliação judicial de modelo endoprocessual português, conforme artigo 594 do Código de Processo Civil, avante examinado.

Registre-se, por necessário, que, enquanto a negociação direta, à guisa de exemplo, é técnica voltada a alcançar uma solução do conflito, com dispensa de atuação de um terceiro, a exigência da participação desse último é ponto comum à conciliação e à mediação. Por elas, os contendores carecem de intermediação por um sujeito imparcial, ainda que sem

¹⁶ SILVA, Érica Barbosa e. – **Conciliação judicial**. p. 44.

¹⁷ CAMPOS, Joana Paixão – **A Conciliação Judicial** [Em linha]. p. 13.

¹⁸ *Idem* – ***Ibidem***.

poder de impor solução para o conflito¹⁹, em seara na qual impera a autonomia da vontade²⁰, quando então a aceitação espontânea da solução pelos contendores é expressão destacada das soluções por autocomposição, que as distinguem de outra via, qual seja, da heterocompositiva.

Na Lei de Mediação Portuguesa, conforme artigo 6º, o mediador é definido como alguém desinteressado no tocante ao litígio, cujo agir requer o comportamento imparcial²¹, devendo tratar as partes de forma equitativa. Tanto é assim que a ele se aplicam as hipóteses de impedimento e suspeição, próprias dos juízes²². Tal agente deve contar com capacitação prevista em lei²³, atestada pelo Ministério da Justiça²⁴, além de idade mínima de 25 anos²⁵, ainda que não se exija formação universitária ou formação estritamente jurídica.

Para garantir-se a prevalência da liberdade de discurso, em ambiente de confiança mútua, isso durante as tratativas para construção do acerto por mediação, a Diretiva 2008/52/CE²⁶, do Parlamento Europeu e do Conselho, com data de 21 de maio de 2008, consagrou expressamente o *princípio da confidencialidade*. Assim, os Estados-Membros assumem a obrigação, conforme artigo 7º daquela norma, de afiançar que nem os mediadores nem outros sujeitos integrantes da administração da justiça poderão fornecer provas quanto às informações conhecidas dos envolvidos no processo de mediação, salvo em caso de razões de superior interesse público ali destacadas.

Dessarte, não se pode reconhecer licitude da prova obtida em violação ao *princípio da confidencialidade*, esse último aplicando-se tanto contra o julgador, que não pode tomar por base para o julgamento o que lhe fora revelado no debate da mediação, quanto aos

¹⁹ GOLDBERG, Stephen B. *et al.* – **Dispute Resolution: negotiation, mediation, arbitration, and Other Processes**. p. 117 registram acerca da descrição do mediador: “Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party (in other words, a nonparty to the negotiations). It remains negotiation, of course, and many of the lessons about interests and positions in the last chapter are valuable for mediators. The mediator, in contrast to the arbitrator or judge, has no power to impose an outcome on disputing parties”.

²⁰ SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. p. 320.

²¹ Lei n.º 29/2013. **Diário da República, Série I**, p. 2278-2284.

²² Conforme previsão contida no artigo 21.º na Lei dos Julgados de Paz, bem como Art. 26.º, “f” e 27.º, número 6, da LPM.

²³ GARCIA, Maria Olinda – Mediação em direito civil e comercial - Notas sobre o regime português. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**. p. 210.

²⁴ Artigos 23.º e 24.º, da Lei n.º 29/2013.

²⁵ Conforme artigo 31.º, “a”, da Lei n.º 78/2001. **Diário da República, Série I-A**, Nº78 (13.07.2001), p. 4267-4274.

²⁶ Directiva/2008/52/CE. **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha].

demais envolvidos que não podem aproveitar as informações ali obtidas sem expressa anuência dos mediados²⁷.

Nesse diapasão, segue a previsão contida no artigo 5º da Lei de Mediação Portuguesa nº 29/2013, ao estabelecer que o dever de confidencialidade só pode ser dispensado pelos próprios mediados envolvidos, cabendo ao mediador resguardar o conteúdo informativo ali obtido do conhecimento de terceiros, vedando-se-lhe também o uso em proveito próprio ou alheio, ou a valoração judicial ou arbitral²⁸, quando não se apresentarem no contexto excecional de razões de ordem pública, indicado no número “3”, daquele dispositivo legal²⁹.

Além da confidencialidade, a mediação, na visada da Lei de Mediação Portuguesa nº 29/2013, ainda se guia pelos *princípios da voluntariedade, da igualdade, da imparcialidade, da independência, da competência, da responsabilidade e da executoriedade*.

Outra espécie de via de solução de conflito, como já anunciada alhures, que também exige a presença de um terceiro imparcial, mas que apresenta aos contendores uma solução dotada de deliberação impositiva, é a heterocompositiva.

A arbitragem e a jurisdição são meios resolutivos pertencentes a essa espécie. Enquanto a primeira funda-se na adesão voluntária dos contendores, como regra³⁰, a segunda deriva da soberania estatal, tendo como característica a inevitabilidade³¹. Trata-se, portanto, de meios não consensuais, mas sim adjudicatórios, de vez que o terceiro imparcial tem legitimidade para produzir soluções impositivas aos litigantes, seja pela força cogente do poder

²⁷ Neste sentido, sustenta CUNHA, Leonardo Carneiro da – **Notas sobre ADR, confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível** [Em linha].

²⁸ Tomando por base a conceituação exposta por MORGADO, Pedro Trigo – **A admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. p. 87, pode-se sustentar que as informações obtidas no procedimento de mediação, à luz da confidencialidade, podem ser classificadas, pela impossibilidade de ser admitida como prova em processo judicial ou arbitral, como espécie de prova proibida, do gênero prova ilícita, porquanto aquela categoria envolve tudo aquilo que não pode ser admitido como prova, pelo ordenamento jurídico.

²⁹ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – **A lei de mediação comentada**. p. 49 assinalam que a LMP admite a abdicação da confidencialidade na mediação em dois grupos de casos: 1) interesse público, como a proteção superior de interesse de crianças e preservação da integridade física ou psíquica de pessoas, e 2) afrontar a própria finalidade da mediação, como na hipótese de executar o acordo.

³⁰ BASTOS, Susana Filipa Pereira – **Arbitragem Necessária**. [Em linha]. p. 22, explica que a arbitragem necessária ocorre em ordenamentos nos quais a lei impõe a adoção deste proceder para solucionar determinados tipos de litígios.

³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, A.da Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. p. 157.

estatal, seja por um negócio jurídico, como na arbitragem voluntária, aderida pelos contendores³².

A arbitragem é meio historicamente heterocompositivo, remetida à importância no Direito Romano³³, onde já se observava duas modalidades dela: a arbitragem voluntária e a arbitragem obrigatória. Ainda naquele cenário, Santos Justo³⁴ descreve que a arbitragem processual, de natureza privada e sem a participação da autoridade pública, formalizava-se por dois pactos: o *compromissum*, em decorrência do qual as partes se comprometiam a cumprir a sentença arbitral e o *receptum arbitri*, compromisso assumido pelo árbitro, ao aceitar a nomeação, de decidir o litígio.

Na época pós-clássica, pela *conventio compromissi*, as partes, na arbitragem, obrigavam-se a adimplir uma sanção, (1) caso não cumprissem o laudo arbitral, (2) caso buscassem um recurso ao *iudicium* ordinário, (3) caso não comparecessem à audiência ou impedissem o árbitro de sentenciar, ou, ainda, (4) caso promovessem alguma atuação dolosa contra o árbitro ou as partes³⁵.

Como método de resolução de conflitos, conforme asseveram Stephen Goldberg, Frank Sander, Nancy Rogers e Sarah Cole, foi vastamente usado para solucionar disputas comerciais, por negociantes ingleses, no séc. XIII, em soluções alternativas de direito consuetudinárias³⁶, quando se pretendia a não aplicação do direito estatal.

Artur Silva e António Monteiro³⁷ registram a natureza privada e contratual da arbitragem, com a adoção de procedimento por vezes clausulado pela confidencialidade, o que não se verifica como hipótese possível no processo judicial estatal, no qual a publicidade é regra

³² FRADE, Catarina – A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha]. p.109.

³³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio – **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. p. 18, assim destaca: “Segundo Jacob Dolinger, a arbitragem já estava presente entre os hebreus na antiguidade, descrita no pentateuco que relata conflitos decididos por árbitros, a exemplo daquele entre Jacó e Labão.³ No Direito Romano, a arbitragem voluntária e facultativa era admitida e até estimulada; sempre foi aceita e mesmo incentivada. A arbitragem obrigatória também existiu entre as fases das ações da lei (“legis actiones”) e do processo formulário (“per formulas”)”.

³⁴ JUSTO, A. Santos – A arbitragem no direito romano: breve referência ao Direito Português. In MARQUES, Armando Guedes; *et al.*, Coord. – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. p .676.

³⁵ JUSTO, A. Santos – *Op. cit.* p. 679.

³⁶ GOLDBERG, Stephen B. *et al.* – **Dispute Resolution: negotiation, mediation, arbitration, and Other Processes**. p. 524.

³⁷ SILVA, Artur Flaminio da; MONTEIRO, António Pedro Pinto – Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional. **Revista de Direito Civil**. p. 707.

de ordem pública daquela atividade resolutive de conflito, só reduzida, excecionalmente, quando visa proteger interesses individuais preponderantes.

Note-se que a jurisdição estatal organicamente estruturada é fenômeno de historicidade recente, porquanto, antes do séc. X e início do séc. XII, não se poderia sequer falar em juízes profissionais, que só surgem pela monopolização estatal da administração da justiça³⁸. Com o declínio do Império Romano, a luta entre a nobreza europeia pela reconcentração de estamentos de poder deixou, naquela parte da civilização ocidental, a sorte dos meios não estatais a solução de litígios³⁹. Somente quando fragmentos do poder se reorganizam sobre uma base territorial minimamente estável e elaboram-se novos regramentos sociais, reestrutura-se a atividade de revelar o Direito⁴⁰, em exercício monopolista pelo ente coletivo, naquele espaço cultural.

Em tal cenário, assenta Michel Foucault⁴¹ que, até a alta Idade Média, cabia àquele que detivesse o poder – seja por funções políticas ou até mágicas e religiosas – cancelar o procedimento usado para a solução de conflito, porquanto não se pode falar ainda em poder judiciário autônomo.

Com a consolidação dos estados absolutistas e a construção de paradigmas do poder racional da decisão política nas mãos daqueles entes⁴², o broto da ideia de soberania reflete diretamente nas formas de solução de conflitos, especialmente naquilo que se aponta como jurisdição estatal, que então se apresenta como única com legitimidade capaz de julgar e de impor, pela coerção⁴³, as medidas judiciais que realizam o direito declarado.

No período após a Segunda Grande Guerra, nos países centrais, o Estado liberal cede espaço à construção do Estado providência, agora com ônus positivo frente aos cidadãos que nele residem, momento em que a jurisdição estatal sofreu expansão temática, passando a envolver litígios em áreas como administração pública, relações laborais, seguridade social, dentre outros, o que exigiria transformação do *locus* de resolução dos litígios, surgindo,

³⁸ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. p. 43-44.

³⁹ BARRETT, Jerome T – **A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement**. p. 14.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 661.

⁴¹ FOUCAULT, Michel – **A verdade e as formas jurídicas**. p. 65.

⁴² LIMA, Danilo Pereira – **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. p. 56.

⁴³ SILVA, Érica Barbosa e. – **Conciliação judicial**. p. 54.

conforme apontado por Souza Santos, Eleitão Marques e João Pedroso⁴⁴, os tribunais dedicados a causas de massa, fase de recrudescimento de mecanismos alternativos à jurisdição estatal para a resolução de conflitos.

Justamente quando grupos sociais, até então excluídos do debate por direitos, reivindicam espaços no debate público nas searas dos Direitos Civis, Direitos do Consumidor, Direitos Ambientais, Direitos da Mulher, mormente nos inquietantes anos 60 e no cenário norte-americano, críticas são formuladas aos regramentos normativos de muitos países, incluindo-se o acesso à jurisdição estatal, que também é reivindicado.

O acesso à justiça representa, nessa fase, a remoção de obstáculos econômicos, organizacionais e processuais propriamente, em síntese preconizada por Teixeira de Sousa⁴⁵, ao examinar as ondas de acesso à justiça, na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando os autores sistematizam o despertar do ocidente no tocante à questão do funcionamento de um efetivo serviço judiciário, mormente a partir da sexta década do séc. XX⁴⁶.

No mesmo passo, a preocupação com a conformidade social e com a eficiência dos mecanismos de atuação da justiça estatal sugeriram a substituição do confronto pela harmonia⁴⁷, numa retórica, examinada por Laura Nader⁴⁸, que passa a associar a resolução alternativa de conflitos à paz, enquanto a querela judicial é sinónimo de guerra.

As ideias de reconhecer nos processos sociais não adversariais e não judiciais como formas com baixo desempenho quanto ao papel de solução de controvérsias em sociedades urbanizadas e industrializadas começam a ser questionadas, fragilizando, assim, uma associação entre meios informais de solução de conflitos a uma prática desqualificada, própria de sociedades primitivas⁴⁹. Nesse passo, o cenário para meios alternativos de solução de conflito começa a vislumbrar campo fértil para o seu desenvolvimento.

Esses caminhos alternativos à administração estatal da justiça ou *Alternative Dispute Resolution*, consagrados pela sigla ADR, reuniram-se numa gama de procedimentos

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Eleitão; PEDROSO, João – **Os tribunais nas sociedades contemporâneas** [Em linha]. p. 12.

⁴⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de – **Estudos sobre o novo processo civil**. p. 35-37.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**. p. 31.

⁴⁷ NADER, Laura – Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. p. 20.

⁴⁸ NADER, Laura – *Op. cit.* p. 21.

⁴⁹ SMITH, David Nathan – A warmer way of disputing: Mediation and conciliation. **American Journal of Comparative Law** [Em linha]. p. 215-216.

não judiciais de resolução de litígios, capazes de abarcar desde formas autocompositivas, como conciliação, mediação e negociação direta, até a via heterocompositiva exoestatal como a arbitragem voluntária.

Micheal Stöber⁵⁰ assenta que os institutos reunidos no conceito de ADR, apresentando-se como instrumentos de anteparo ao ingresso de ações na via estatal, oferecendo-se como vantagem, por comportar a primazia do acordo entre as partes, fórmula de resolução de conflito que se poderia revelar de solução duradoura, porquanto, diferentemente dos tribunais estatais, não imporia decisão unilateral voltada às partes em conflito.

Além disso, Edward Brunet, Charles Craver e Ellen Deason⁵¹ destacam a informalidade, o baixo custo, os resultados baseados em fatos em detrimento do resultado baseado em normas, o controle das partes e a privacidade, como características notáveis e extraíveis de tal complexo de soluções alternativas.

Nos anos 80, a ideia de sistema multiportas⁵² representou a incorporação definitiva dos métodos de ADR pelos próprios tribunais. Sob o manto de uma ideologia de decadência da solução judicial para a resolução de litígios e de falência da utópica via monopolista da prestação jurisdicional estatal, o que logo contou a adesão da Associação dos Advogados dos Estados Unidos da América, que, além de passar a publicar um jornal dedicado à temática – qual seja, o *Dispute Resolution Magazine* –, também financiou projetos

⁵⁰ STÖBER, Micheal – Os meios alternativos de solução de conflitos no Direito Alemão e Europa: desenvolvimento e reforma. **Revista de Processo**. p. 365.

⁵¹ BRUNET, Edward; CRAVER, Charles b.; DEASON, Ellen e. – **Alternative Dispute Resolution: The Advocate's Perspective**. p. 5-6.

⁵² Em ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez – Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. p. 32, encontra-se a explicação dada por Frank Sander para o termo: “Mariana Hernandez Crespo – Nas conversas anteriores que tivemos, o senhor explicou que tribunal Multiportas não foi o nome original. Poderia falar sobre isso? Frank Sander – Sim. Após aquela palestra na Pound Conference, uma das revistas da ABA [American Bar Association – Ordem dos Advogados dos Estados Unidos] publicou um artigo sobre essa conversa. Na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de tribunal multiportas. Eu tinha dado um nome mais acadêmico: “centro abrangente de justiça”, mas muitas vezes o rótulo o que se dá uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia. Assim, devo à ABA quem nome de fácil assimilação tribunal multiportas”. Por sua vez, ALVES, Helena – A resolução alternativa de litígios em Portugal. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. p. 52, explica o tribunal multiportas como uma expressão consagrada por Frank Sander, em 1976, alusiva a pluralidade de serviços postos à escolha do cidadão, para que faça uma opção por aquela via mais adequada para solução do conflito, dentre um leque de alternativas, como a conciliação, a mediação ou a arbitragem. Sobre a influência da ideia de tribunal multiportas em Portugal, ver GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. p 323.

experimentais de aplicação daqueles novos procedimentos de solução de conflito, agora dentro do próprio serviço judiciário norte-americano⁵³.

Além da arbitragem e da conciliação, Barbosa e Silva⁵⁴ cataloga, como vias alternativas de solução de conflitos empregadas no sistema multiportas, no modelo norte-americano, dentre outras, as seguintes: a) *settlement judges* (ou mediação avaliativa), na qual juízes conhecedores da jurisprudência do tribunal atuam na mediação do conflito; b) *early neutral evaluation*, na qual um terceiro produz uma decisão não vinculante para as partes; c) *mini-trial*, especializado na solução de conflitos envolvendo marcas e patentes, consite na apresentação antecipada de conflito para a produção de decisão não vinculante; d) *summary trial*, tendo como marca o exame de casos de pequeno valor e de baixa complexidade, com redução de produção probatória e limitação a única instância de julgamento vinculante, e e) *non binding arbitration*, espécie de arbitragem não vinculante.

Contudo, essa política de harmonização, ainda que tenha influenciado diversos ordenamentos jurídicos de outros países, especialmente porque gerou fortes expectativas diante das frustrações quanto ao serviço judiciário, então sobrecarregado de processos, não passou idene de críticas.

Owen Fiss⁵⁵, à guisa de exemplo, sustentou que a política do acordo não atentara para as diferenças econômicas entre os litigantes, ariscando-se em desconsiderar três reações colaterais indesejadas: 1) a parte mais carente pode não ter condições de vislumbrar corretamente, quando do acerto, qual seria a possibilidade de resolução convencional do litígio; 2) a necessidade da parte pela indenização pode ser inadiável, considerando questões econômicas, e 3) a parte economicamente mais fraca pode não suportar as despesas inerentes ao próprio custo do processo judicial estatal⁵⁶.

⁵³ SILVA, Érica Barbosa e. – **Conciliação judicial**. p. 42.

⁵⁴ SILVA, Érica Barbosa e – **Conciliação judicial**. p. 44-46.

⁵⁵ FISS, Owen – Contra o acordo. In **Um novo processo civil**. p. 125.

⁵⁶ ANDREWS, Neil – **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. p. 355, embora seja entusiasta da liberdade ampla para a realização de acordos no processo civil inglês, também reconhece que há solução por meio de acordo que não é perfeita, vez que: “(1) as partes podem não entender completamente as suas respectivas posições; (2) as partes podem não ser iguais sob vários aspectos; (3) uma das partes pode ter querido fazer o acordo por meio de um procedimento desleal; (4) se uma das partes realmente tem direito, este não deveria ser neutralizado por um acordo; (5) o acordo sobre o mérito deve ser comedido preciso exato; (6) a opção pelo processo perante o judiciário deve ser usada no caso de ilícitos graves”.

A seu ver, Michele Taruffo⁵⁷, também tecendo preocupações acerca da desigualdade material entre contendores, ao examinar especificadamente a mediação, considerou-a incapaz de ser reconhecida como via hábil de efetivamente proteger direitos em conflito, atingindo, assim, a primazia de uma justiça alternativa, porquanto, tendo por finalidade a realização de um acordo entre os envolvidos, apenas quando houver uma equivalência entre interesses em disputa abrigará o grau de solução almejada. Em caso de prevalência da pretensão de uma das partes, esta restará sacrificada, ainda que parcialmente, em nome do acertamento consensual por uma transação.

Micheal Stöber⁵⁸, examinando o contexto alemão e europeu, reconheceu uma tendência de transferência de resolução de conflitos para organismos privados. Nesse cenário, asseverou que os modelos de jurisdição arcaicos do sistema anglo-americano, pautados pela restrição de acesso aos tribunais, não são paradigmas adequados à Europa continental, que reconhece como dever do Estado – previsto inclusive no artigo 20, § 3º, da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, por exemplo – prestar jurisdição estatal com efetividade, mesmo em matéria cível.

Por tudo isso, sem menosprezar a importância que as técnicas autocompositivas e as soluções extrajudiciais têm frente ao contexto dos conflitos humanos, também não se pode desconsiderar uma visão sempre crítica do tema, especialmente quando se tenta candidatá-las ao posto de panaceia⁵⁹ da problemática da conflituosidade e litigância, duas características inerentes às sociedades contemporâneas.

No ponto seguinte, buscar-se-á a exposição da conciliação e da mediação em Portugal, desenhando-se a arquitetura de normas processuais que preveem a cumulação do juiz da causa nas funções de conciliador e julgador, assim como o mester que tal sujeito processual

⁵⁷ TARUFFO, Michele – Un’ alternativa a las alternativas: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. p. 261. Para MORAIS, José Luís Bolzan de; SILVERIA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o Direito. In WARAT, Luís Alberto, Coord. – **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. p. 90, a crítica mais aguda que se pode fazer ao consensualismo como via de solução dos conflitos sociais foi idealizar que as relações sociais são passíveis de harmonização, desprezando o aspecto democrático que o próprio conflito representa, eis que é inerente aquele tipo de relação. No arremate dos autores, tal modo de pensar “tem uma implicação simbólica de pretender referir uma sociedade na qual seja possível o atingimento utópico de uma paz social, como *pax mercatoris* prometida pelos liberais clássicos”.

⁵⁸ STÖBER, Micheal – Os meios alternativos de solução de conflitos no Direito Alemão e Europa: desenvolvimento e reforma. **Revista de Processo**. p. 17-18.

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie – **Curso de Direito Processual Civil**. p. 279, neste sentido, afirma que: “A autocomposição não pode ser encarada como panaceia”.

deve desempenhar na audiência designada para a autocomposição do litígio, isso não só no Direito Português, mas em ordenamentos de aproximação cultural com este último.

1.2. O modelo de conciliação judicial em Portugal e alguns outros ordenamentos jurídicos

O ponto de partida aqui proposto para o exame da conciliação judicial em Portugal tem como marco o ato praticado pelo juiz, quando então o aludido magistrado deve concitar as partes para a solução consensual do litígio respetivo⁶⁰. Tal definição não só se faz oportuna, como necessária, haja vista que os marcos distintivos entre conciliação e mediação, conforme proposto por Paixão Campos⁶¹ e anteriormente examinados neste trabalho, não encontram consenso na doutrina.

Assim, tem-se por critério de distinção da conciliação e da mediação o *empowerment* dos contendores – presente na mediação extraprocessual e ausente na conciliação endoprocessual – considerando o modelo processual português e a objetividade que essa taxonomia processual contempla.

Noutro giro, é de se registrar, de pronto, a classificação de Pessoa Vaz⁶², quando classifica a conciliação em duas espécies, obrigatória e facultativa, quanto à natureza impositiva da tentativa de acordo, bem como, considerando a topografia processual, divide-a em judicial ou extrajudicial, sendo que, nesse último caso, caracterizado pela tentativa de acordo longe dos olhos do juiz competente para exame do litígio.

Adotando como luzes de guia tais premissas, o Código de Processo Civil português, mormente quanto à conciliação, contém previsões acerca do instituto nos artigos 591, número 1, “a”, 594, número 1 e artigo 604, número 2. Avançando nesse tópico, assevera Campos Carvalho⁶³ que se tem aí uma retomada de meios alternativos à solução do conflito,

⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de – **Lições de história do processo civil lusitano**. p.75 lembram que já nas Ordenações Afonsinas, por influência canônica, em 3.20.5, havia destacado comando para que os juízes buscassem a concórdia, nos seguintes termos: “E os juízes devem muito trabalhar por trazer as partes a concórdia, e isto não é de necessidade, mas de honestidade e virtude para evitar omezos e despesas; porém nos feitos crimes, onde provado o crime, devem ser punidos, e não ficarem sem pena; mas nos outros feitos, que as juízes são desconhecidos, e o direito das partes não é a eles certo, assim como é no começo, devem trabalhar por os concordar; e conclusão dos Sabedores é que ninguém deve ser muito propenso a litigar”.

⁶¹ CAMPOS, Joana Paixão – **A Conciliação Judicial** [Em linha]. p. 13.

⁶² PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 267-268.

⁶³ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 11.

porquanto é devolvida às partes a atividade de apresentar a solução mais adequada ao caso concreto.

No Código de Processo Civil de 1876, segundo aquela autora⁶⁴, houve extrema preocupação em conduzir o processo a formas escritas, com vista a ser meio de garantia para as partes. Com a reforma empreendida pelo Decreto nº 12.353, de 22 de Setembro de 1926, o juiz apresentou-se como sujeito processual de máxima importância e, por tal motivo, o *princípio do inquisitivo* assumira elevada preponderância, perseguindo-se o objetivo de afirmar o direito material em jogo em detrimento de qualquer satisfação dos interesses dos litigantes. A partir daquele ponto de reforma, destaca Pessoa Vaz⁶⁵, o legislador português não mais facultou, mas impôs ao juiz a obrigação de, oficiosamente, realizar a tentativa de conciliação das partes.

Com o Código de Processo Civil de 1961, houve a supressão da tentativa de conciliação preliminar, passando a tentativa de conciliação oficiosa a ser prevista nos artigos 509 e 652, assim como se adotou a tentativa de conciliação compulsória e preliminar, nomeadamente em matéria de divórcio contencioso e de cessação de arrendamento, dentre outras hipóteses⁶⁶.

Com a previsão da cooperação processual, a partir das reformas legislativas de 1995 e 1996, a consagração do princípio em exame exigiu o deslocamento do paradigma de um processo de controlo absoluto do juiz para a convivência entre os *princípios do inquisitivo e do dispositivo*, como se revelou no artigo 266, no Código de Processo Civil revogado⁶⁷. Portanto, o *princípio da cooperação*, reconsagrado artigo 7º, do hodierno Código de Processo Civil português, objetiva a realização de um processo guiado pela brevidade, eficácia e justa composição de litígios. Desse modo, a conciliação judicial teria a função não só de garantir, naquele contexto processual, a solução consensual do litígio, como também de aproximar o juiz da narrativa das partes, proporcionando uma melhor compreensão da questão⁶⁸.

O momento primordial para a conciliação judicial, escolhido pelo legislador, é audiência prévia, regulada pelo artigo 591, do Código de Processo Civil, na qual, dentre outros

⁶⁴ *Idem – Ibidem.*

⁶⁵ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**.p. 164.

⁶⁶ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 271.

⁶⁷ Vide DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

⁶⁸ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 22.

objetivos, tem-se a ocasião vestibular para que o juiz tente a pacificação autocompositiva das partes⁶⁹.

Segundo destaca Pereira Rodrigues⁷⁰, a audiência prévia é obrigatória, só podendo ser dispensada nas hipóteses previstas no artigo 592, do Código de Processo Civil, sobre as quais vale consignar os casos das ações não contestadas, mas que não comportam os efeitos da revelia⁷¹, bem como, ainda, quando o processo venha a se encerrar pelo acolhimento de exceção dilatória, já devidamente debatida nos articulados, em fase do despacho saneador.

Por sua vez, Paes de Amaral⁷², mesmo reconhecendo a tendência da obrigatoriedade da audiência prévia, assinala que o juiz pode dispensá-la quando a sessão destina-se exclusivamente à realização do despacho saneador, tendo por mira a adequação formal ou a identificação do objeto do litígio e a prenunciar os temas probantes, conforme previsão contida no artigo 593 do Código de Processo Civil⁷³.

Nessa toada, o artigo 594 do Código de Processo Civil, no número 1, disciplina que, quando a causa envolver questão de direito disponível, em qualquer estado do processo, o juiz pode promover a tentativa de conciliação. Tanto as partes podem provocar a audiência de conciliação, formulando requerimento conjunto para a realização, quanto o juiz pode convocá-la, porém só em uma oportunidade assim pode fazê-lo, com esse fim exclusivo.

Para Lebre de Freitas e Isabel Alexandre⁷⁴, quando a convocação para aludida audiência é por iniciativa oficiosa, revela-se como ato de natureza discricionária, mas na hipótese de proposta de convocação por iniciativa das partes, a sessão só pode ser recusada quando se revelar impertinente ou protelatória, exigindo a devida justificação para o respetivo indeferimento.

⁶⁹ RODRIGUES, Fernando Pereira – **Noções fundamentais de processo civil**. p. 387, resume as intenções da lei para tal ato, destacando, em primeiro lugar, a tentativa de conciliação, depois a discussão da causa, quanto aos aspetos de fato e de direito. Além disso, cita, também: a discussão das proposições das partes, para delimitação do litígio; a realização do despacho saneador; a ordenação da adequação formal do processo; a fixação da matéria de prova e a programação da audiência final.

⁷⁰ RODRIGUES, Fernando Pereira – *Op. cit.* p. 388.

⁷¹ Vide artigos 567.º e 568.º, do Código de Processo Civil.

⁷² AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito Processual Civil**. p. 278-279.

⁷³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Op. cit.* p. 279 esclarece que a opção do juiz, por não realizá-la, não é ato definitivo, conforme previsto no número 03, do artigo 593.º, do Código de Processo Civil, quando qualquer das partes pode reclamar a sua realização, nos termos ali previstos. SOUSA, Miguel Teixeira de – **Estudos sobre o novo processo civil**. p. 305, também reconhece a possibilidade de dispensa da audiência de preliminar, quando voltada, em causas mais simples, à “fixação da base instrutória”, portanto voltada apenas ao preparo das questões controvertidas que serão objeto de demonstração probatória.

⁷⁴ LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel – **Código de Processo Civil Anotado**. p. 654.

Como se tem como propósito a composição do litígio, sendo oportuno para transigir acerca de direitos, a convocação das partes para aludido ato deve ser realizada pessoalmente, podendo ali serem representadas por mandatário com poderes especiais, quando aquelas forem residentes de área da comarca ou na respetiva ilha, cuidando-se das Regiões Autónomas. Quando não residam naquelas áreas, o comparecimento não pode representar sacrifício considerável, considerando a natureza, o valor da causa e a distância da deslocação⁷⁵.

A presidência da sessão de conciliação em referência compete ao juiz, sendo este cumulado do poder de proferir solução por equidade⁷⁶, possibilidade essa introduzida no Código de Processo Civil de 1939⁷⁷. Nesse mesmo segmento, tem-se a previsão contida no artigo 51, número 2, do Código de Processo do Trabalho português, ao estabelecer que, no processo comum declarativo, a tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, tendo por objeto encerrar o litígio mediante acerto equitativo.

Acerca do papel do juiz, ao assumir a função de conciliador da causa tal qual o cenário do processo civil português – embora se identifiquem opiniões em contrário, como será adiante aprofundado quanto ao prejuízo que tal escolha impõe quando frustrada a composição – Pires de Sousa⁷⁸ aponta quatro vantagens nessa opção legislativa.

Primeiramente, sustenta que o juiz é dotado de garantias especiais, pela função que exerce – mormente representadas pela independência e imparcialidade –, capazes de habilitá-lo como sujeito de autoridade moral para fomentar a prática do acerto entre as partes. Em plano secundário, ainda considerando a função institucional que desempenha, ele é investido do posto de guardião das garantias e princípios processuais. Em terceiro lugar, pela experiência de julgar causas, inclusive muitas delas com semelhança ao litígio que buscará a conciliação, passa a contar com aptidão não encontrada em outros personagens do processo.

⁷⁵ Vide artigo 594.º, número 2, do Código de Processo Civil.

⁷⁶Na forma do número 3, do art. 594.º, do Código de Processo Civil.

⁷⁷ SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. p. 329. LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel – **Código de Processo Civil Anotado**. p. 654, destacam que, diferentemente do que era previsto no artigo 512, do Código de Processo Civil de 1939, agora não mais existe a previsão da pena de multa, pelo não comparecimento das partes à audiência de conciliação. Também, neste mesmo sentido GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Código de Processo Civil Anotado: Código de Processo Civil Anotado**. p. 718 asseveram: “2. Quando se procure a conciliação, as partes devem ser convocadas nos termos do art. 594.º, nº 2, embora não se preveja qualquer sanção para a sua falta”.

⁷⁸ SOUSA, L.F.P. de. – **O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação** [Em linha], p. 320.

Finalmente, é o juiz quem detém o conhecimento jurídico-legislativo, capaz de garantir a plena conceção de um acordo, à luz do ordenamento jurídico respetivo⁷⁹.

Ainda na linha de reconhecer a adequação da pessoa do juiz na condução de ato de conciliação, Pessoa Vaz⁸⁰, citando Tullio Liebman, considera que a atmosfera de clarificação, de lealdade e de sinceridade, gerada pela autoridade do juiz na presidência do ato de conciliação, é fator de predisposição para as partes aceitarem a proposta conciliatória formulada pelo sujeito imparcial como aquele se apresenta diante dos litigantes.

Noutro giro, conforme anunciado alhures, há previsão de aplicação de juízo de equidade, no artigo 594, número 3, do Código de Processo Civil, em exercício de abertura do sistema de legalidade, consoante previsão na alínea “a” do artigo 4º do Código Civil Português, isso no âmbito da sessão de conciliação em referência.

Destaca Pires de Sousa⁸¹ que a solução por equidade apresenta-se em duas aceções doutrinárias, considerando a intensidade em que se impõe frente ao sistema legal: a aceção “fraca” que, embora partindo de solução legalista relativa ao caso, possibilita os ajustes do contorno da norma ao caso concreto, bem como a aceção “forte”, que abdica da solução legalista, referenciando-se na primazia da solução para o caso concreto. Em tais contextos, o autor sustenta que a solução por equidade deve, num primeiro momento, “louvar-se de fatores que mostram ou reforçam o sentido da solução de direito positivo”⁸². Somente quando não for possível a correspondência entre a solução de direito positivo e a do caso em exame, pode ser afrouxada tal conexão, mas disso decorrendo exasperação do ônus de justificação para o aplicador da norma.

Em face da solução ajustada pelas partes, duas conceções apresentam-se acerca do papel do juiz frente ao negócio jurídico entabulado entre os litigantes. Segundo a tese negativista, alicerçada numa desconfiança sobre a atividade jurisdicional do Estado, o julgador

⁷⁹ SILVA, É.B. e. – **Conciliação judicial**, p. 316 – que aqui se registra de forma passageira, porquanto melhor será examinado em ponto específico deste trabalho – embora reconheça que a autoridade do juiz seja aspecto considerável para elegê-lo como sujeito importante para conduzir a conciliação, reconhece o risco que isso pode importar, especialmente na experiência prática, para imparcialidade do julgador.

⁸⁰ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**, p. 109, referindo-se ao estudo GOUVEIA, Mariana França; et al. – **Justiça Económica em Portugal** [Em linha]. p. 20-25, arremata que “Das entrevistas realizadas a advogados, juizes e empresas no âmbito de estudo Justiça Económica em Portugal também se retira uma percepção favorável a uma maior intervenção do juiz na conciliação”.

⁸¹ SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. p. 327.

⁸² SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Op. cit.** p. 328.

sequer deveria fazer o controlo formal do acerto entre as partes, porquanto, ao se imiscuir na questão, em verdade, estar-se-ia a agir como um modelador do conteúdo daquele ajuste⁸³.

Em vertente antagônica, em notória sintonia com a ideia de equidade “fraca”, a tese positivista, fíncada na confiança da atividade jurisdicional do Estado, orienta-se pela função do juiz como fiscal e cooperador na solução conciliatória, devendo esta última buscar a máxima proximidade com o que seria decida, naquela questão, numa hipótese de sentença judicial⁸⁴.

Na síntese de Campos Carvalho⁸⁵, os dois modelos apresentam-se, na tentativa de estabelecer a posição do juiz frente as partes, um de preponderância do agente judicial estatal, num modelo jurisdicionalista, e outro, de molde contratualista, no qual o juiz exerce estritamente o controle formal da solução engendrada pelas partes. Enquanto a última hipótese sonoriza completo desprestígio da função dos tribunais, baseando-se numa descrença quanto à eficiência da função jurisdicional, que influencia os cidadãos a buscar, cada vez mais, saídas consensuais⁸⁶, a visão jurisdicionalista confia o progresso social à boa gestão da “coisa judiciária por parte dos tribunais”, adotando-se a premissa do juiz como fiscal-cooperador do acerto entre os litigantes⁸⁷.

No exercício de tal função, a norma portuguesa ainda exige que o julgador da causa, enquanto conciliador, empenhe-se ativamente na consecução da conciliação que preside⁸⁸. A previsão conta com relevantes advertências doutrinárias, quanto à dosagem de tal empenho, ordinariamente encontrando temperamentos, dado que é ponto de calorosa discussão⁸⁹, porquanto isso pode representar a quebra do dever de imparcialidade do julgador. Talvez especialmente em decorrência de tal preocupação com a garantia da imparcialidade do julgador, identificam-se críticas na doutrina acerca da utilidade da previsão, porquanto os juízes

⁸³ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**.p. 48-49. AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito Processual Civil**. p. 280-281, perfila-se ao entendimento de que a solução por equidade não deve atentar para a norma jurídica, mas adotar a “justiça do caso concreto”.

⁸⁴ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**. p. 58-59.

⁸⁵ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 25.

⁸⁶ *Idem* – *Ibidem*.

⁸⁷ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 25-27 destaca que Pessoa Vaz firma-se em três ordem de argumentos (lógico-dogmático, comparatístico e interpretativo) para adotar a aceção jurisdicionalista.

⁸⁸ Na mesma linha, segue o artigo 51, número 2, do Código de Processo do Trabalho Português.

⁸⁹ RODRIGUES, Fernando Pereira – **Noções fundamentais de processo civil**. p. 390, sustenta: “Em todo caso, o empenho do juiz nunca poderá ir ao ponto de forçar a um acordo que as partes ou uma delas não queira acertar”.

restringem-se a, protocolarmente, indagar às partes acerca da possibilidade de persecução de um acordo ⁹⁰.

Afastando-se da linha proposta por Pessoa Vaz – que chega a caracterizar a conciliação judicial como verdadeira faceta mista de autocomposição e heterocomposição⁹¹, considerando que se sedimenta tanto na vontade dos conciliados, quanto na vontade do conciliador judicial –, Campos Carvalho relembra que o instituto é voltado à solução consensual de litígio, razão pela qual não se deve colher a ideia de que o juiz detém o controlo absoluto do acerto, eis que, num Estado de Direito, não se pode publicizar o direito privado dos litigantes, sob pena de se reconhecer verdadeira expropriação de direitos subjetivos⁹².

Assim, a preocupação do juiz deve voltar-se ao controlo do procedimento, pois naquele contexto os poderes dispositivos prevalecem sobre os poderes inquisitoriais, razão pela qual o dever de correspondência entre realidades intraprocessual e extraprocessual cedem à persecução do objetivo da solução mais adequada do litígio⁹³.

Nesse aspeto, o entendimento formulado pelas partes encontra sintonia com o destacado *princípio da cooperação judicial*, bem compreendido como imposição aos litigantes, não para que abdicuem das pretensões trazidas ao exame judicial⁹⁴, e sim que se exija boa-fé e padrão ético, além de comprometimento para se encontrar justo resultado diante do conflito judicializado, numa retomada de visão social do processo, no qual o juiz não pode ser “mero árbitro cego da lide”⁹⁵, da maneira que fora outrora máxima na fase liberal do processo.

Loic Cadet, examinando a atual necessidade de reajuste da jurisdição na contemporaneidade, defende que o processo exija, cada vez mais, formas diversificadas e

⁹⁰ CARVALHO, Joana Campos – *Op. cit.* p. 24. A mesma preocupação com a garantia da imparcialidade apresenta GIMENO SENDRA, Vicente – **Derecho procesal civil - I. El proceso de declaración**. p. 352-353, ao sustentar que, embora a atividade do juiz espanhol, na audiência voltada à composição, seja de conciliador, e não de mediador, isso não o autoriza a exercer um papel mais ativo, devendo o juiz agir “com toda la prudencia y cuidado posible a fin de no perder su imparcialidade”.

⁹¹ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 239.

⁹² CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 27-28.

⁹³ CARVALHO, Joana Campos – *Op. cit.* p. 28.

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel – **A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil** [Em linha]. p. 08, bem esclarece que não se pode confundir colaboração processual com colaboração entre partes, pois o dever destas, em tal modelo processual, é de colaborar com o juiz.

⁹⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães – O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. p. 2718.

flexíveis, com o desapego da conceção estática quanto a atividades desempenhadas pelo Juiz e pelas partes, louvando uma gestão em cooperação entre os sujeitos processuais⁹⁶

Nessa toada, o princípio exige do juiz que não caia na tentação do formalismo estéril, que pode conduzir a uma decisão longe da justiça desejada. Assim, o julgador deve ser conduzido, ao menos, pelo guia da igualdade formal de tratamento das partes⁹⁷, lançando mão de poderes inquisitoriais com fim de equalizar máxima correspondência, ainda que sem desprezar o *princípio do dispositivo*, entre as realidades endoprocessual e extraprocessual, tendo por objetivo primordial a pacificação efetiva do conflito⁹⁸.

Nesses termos, parece ilustrar bem o número 4, do artigo 594, do Código de Processo Civil, quando estabelece que a consignação em ata das concretas soluções sugeridas pelo juiz, mas que não contaram com a adesão das partes, devendo essas justificarem a repulsa da proposta⁹⁹. Tais anotações constantes em ata têm o condão não só de prevenir as hipóteses em que a conciliação não se consolidou por motivos desprezíveis adotados pelas partes, como ainda serve para demonstrar o grau de intervenção do juiz, especialmente com a missão de documentar como esse último agira, ao oferecer soluções para o litígio, atento à equidade¹⁰⁰.

Contudo, a disposição em referência, inaugurada desde a revisão de 1995 e 1996, do Código de Processo Civil de 1961, embora bem-intencionada, encontra crítica na doutrina, como assinalam Lebre de Freitas e Isabel Alexandre¹⁰¹, eis que isso não só representa uma fratura na imposição do dever de sigilo que os advogados devem guardar, em face das negociações frustradas, como também pode comprometer a imparcialidade do julgador, a quem incube o julgamento definitivo da causa.

⁹⁶ CADIET, Loïc – **Perspectivas sobre o sistema de justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. p. 38.

⁹⁷ RODRIGUES, Fernando Pereira – **Noções fundamentais de processo civil**. p. 44, após registrar que o artigo 4.º, do Código de Processo Civil, ao estabelecer ao tribunal o dever de garantir igualdade substancial às partes, destaca que isso, *verbis*: “...impõe que ambas as partes sejam colocadas no processo em perfeita paridade de condições, usufruindo de idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida”.

⁹⁸ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais**. p. 20.

⁹⁹ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa – **Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil**. p. 501 avaliam que a norma do número 4, do artigo 509.º, do Código de Processo Civil traz mais desvantagens do que vantagens para os fins perseguidos pelo processo, nomeadamente quanto à solução por uma composição amigável, destacando, ainda, que a anotação em ata não é aproveitável em qualquer fase seguinte do feito. Na mesma toada, segue a regência dos elementos do auto de tentativa de conciliação, no âmbito trabalhista, conforme artigo 53.º, número 2, do Código de Processo do Trabalho Português, quando determina a consignação dos fundamentos das partes para a rejeição do acordo e permanência do litígio.

¹⁰⁰ GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Código de Processo Civil Anotado: Código de Processo Civil Anotado**. p. 719.

¹⁰¹ LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel – **Código de Processo Civil Anotado**. p. 655.

Registre-se, ademais, que por ocasião da audiência final, o juiz deve, na forma do artigo 604, número 1, do Código de Processo Civil português, tentar outra vez conciliar as partes¹⁰². Há, ainda, previsão especial para tal tipo de sessão conciliatória no artigo 931, para a hipótese de divórcio e separação não consensuais; no artigo 990, para a hipótese de atribuição de casa de morada de família e no artigo 991, para a hipótese de desacordo entre os cônjuges sobre a fixação ou alteração da residência da família, todos do código em referência.

Por oportuno, não se pode deixar de aludir outra via de solução consensual disponível no sistema processual português, no curso do processo judicial, agora pela hipótese do artigo 273, do Código de Processo Civil, qual seja, a mediação com a suspensão de instância, considerando a proximidade com a via autocompositiva da conciliação que ora se examina.

Tal proceder exige não só a concordância das partes, tal como foi introduzido pela Lei nº 29/2009, mas não se apresenta como prática comum na experiência forense, conforme destaca Pires de Sousa¹⁰³. Nessa trilha, em qualquer estado da causa em exercício de juízo de conveniência, o processo pode ser remetido à mediação, podendo alguma das partes oferecer oposição à tal medida¹⁰⁴. Desse modo, trata-se de hipótese de mediação não obrigatória, decorrente de um negócio jurídico processual assumido entre os litigantes.

Em síntese, o modelo de conciliação judicial portuguesa persevera na premissa de uma atividade endoprocessual, conduzida pelo juiz, que envidará os esforços necessários, no sentido de fazer com que as partes cheguem a uma solução autocompositiva, inclusive anotando em ata de audiência o resultado das tratativas e até mesmo os motivos apresentados pelas partes para as rejeições das propostas formuladas, com abertura para adoção de solução por equidade.

Partindo da conclusão de Pessoa Vaz, formulada em 1998¹⁰⁵, dando conta de uma tendência na Europa a consagrar a conciliação oficiosa, conduzida pelo próprio juiz da causa, localizada no umbral do procedimento, quando então teria a missão de persuadir as partes ao entendimento, com abertura para solucionar o caso por equidade; faz-se necessário um olhar,

¹⁰² PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**. p. 219, quanto ao oferecimento de proposta de conciliação em fase probatória, faz importante registro histórico, ao lembrar que foi no projeto preliminar italiano de 1937 onde se prescreveu a previsão da conciliação judicial oficiosa, mormente o dever do juiz de renovar proposta conciliatória, isso mesmo após o encerramento da audiência de produção de prova, o que não restou sacramentado no texto final daquele Código de Processo Civil (1940) somente pelo fato de ter sido considerado redundante, frente a segunda parte do artigo 185.º, permissivo da possibilidade da tentativa de conciliação judicial a qualquer momento.

¹⁰³ SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. p. 337.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Fernando Pereira – **Noções fundamentais de processo civil**. p. 122.

¹⁰⁵ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 271.

ainda que de soslaio, em direção às ordens processuais de países que, nesse ponto particular, apresentam-se com alguma relação de proximidade com o direito processual português.

No Código de Processo Civil italiano, por exemplo, o artigo 185-bis prevê a possibilidade de o juiz, já na primeira audiência, apresentar proposta de acordo às partes, tendo em conta o valor da disputa e a existência de questões de solução jurídica simples e rápida. Portanto, conforme destaca Francesca Ferrari¹⁰⁶, tal dispositivo, por força de reforma legislativa, não mais prevê tentativa de conciliação obrigatória, mas sim a possibilidade de o juiz formular proposta de acerto às partes.

Por sua vez, o artigo 420, do Código de Processo Civil italiano, permite ao juiz avaliar, na sentença, a conduta processual da parte que recusa a proposta de conciliação¹⁰⁷, podendo-a ser renovada a qualquer tempo, durante a instrução, conforme artigo 185, daquela norma.

Assim, vê-se como importante registrar que, se o Tribunal acolher o pedido autoral, e isso não for em importância superior à proposta de conciliação ofertada na conciliação, conforme previsto no artigo 91 do Código de Processo Civil Italiano, a parte, ainda que vencedora, poderá ser sancionada com o pagamento das custas processuais. Ilustrando a necessidade de justificativa para a recusa da proposta de acordo apresentada em sede de conciliação judicial, Ferrari¹⁰⁸ destaca julgado do Tribunal de Inferior de Nocera, que reconheceu a possibilidade de aplicação da aludida sanção, bem como da previsão de responsabilidade agravada, prevista no artigo 96 daquela lei processual.

Gize-se, ainda, que o sistema italiano detém norma expressa e direta acerca da impossibilidade de recusa do juiz que oferece proposta de conciliação, assim como convive tanto com a mediação voluntária, quanto com a mediação civil e comercial obrigatória, sendo a tentativa de acerto prévio, pelo método alternativo de solução de conflito, um pressuposto de

¹⁰⁶ FERRARI, Francesca – The Judicial Attempt at Conciliation: the New section 185-bis of the Italian Code of Civil Procedure. **Russian Law Journal** [Em linha]. p. 81.

¹⁰⁷ FERRARI, Francesca – *Op. cit.* p. 89, nota 16 – forte nas lições de Luigi de Angelis, Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento (WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona’.IT – 111/2010); Marco de Cristofaro, Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (adr) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato, 2011 Il lavoro nella giurisprudenza 57 – compreende que as sanções são as previstas nos artigos 91, parágrafo 1, período 2, alterado pela Lei nº69/2009, sem prejuízo da aplicação do artigo 92, parágrafo 2, tudo isso do Código de Processo Civil.

¹⁰⁸ FERRARI, Francesca – *Op. cit.* p. 81.

admissibilidade para ações que envolvam, por exemplo, financiamento, seguros, direitos reais, questões de direito de família, arrendamento comercial, comodato, dentre outros temas¹⁰⁹.

O modelo alemão, por sua vez, abriga certa similitude com o português, porquanto o novo § 278, número 5, do ZPO, especialmente quando o parâmetro normativo tedesco não só destaca a possibilidade de remessa das partes a Juiz de Paz para conciliação¹¹⁰, como também deixa clara a possibilidade de aplicação da mediação para solução de litígio, desde que a Alemanha ajustou sua legislação processual à Diretiva 2008/52/CE, de iniciativa da União Europeia.

Diferença importante, contudo, é que o Juiz de Paz (*Güterichter*) é pessoa distinta do julgador que irá proferir, em caso de frustração do acerto, o julgamento do litígio¹¹¹. Ou seja, o julgador alemão não é a mesma pessoa a quem se incumbe a conciliação da causa, circunstância que afasta, nesse ponto, qualquer desconfiança acerca da imparcialidade do julgador, por alguma contaminação psíquica indevida, ao participar da sessão de conciliação.

Com a possibilidade trazida pelo legislador, a partir de 2000, os Estados da Federação Alemã podem estabelecer como pressuposto de admissibilidade de ações judiciais a passagem prévia pela conciliação extrajudicial, norma reconhecida como compatível com a Lei Fundamental daquele país em 2007¹¹².

Ainda se extrai do § 278, número 2, do ZPO, que a audiência de conciliação não será convocada, caso as partes já tenham tentado solução consensual, na via extrajudicial. Convocada a audiência de conciliação, as partes devem comparecer pessoalmente ao ato¹¹³, ficando o feito suspenso em caso de ausência mútua dos litigantes¹¹⁴.

De outra banda, vê-se necessário o registro do estado da arte na França, quanto à conciliação judicial oficiosa, mormente considerando que Pessoa Vaz¹¹⁵ rememora que foram os consulentes técnicos do Código de Processo Civil italiano de 1940 e os peritos-árbitros franceses os precursores daquela modalidade de solução de conflitos. Nessa trilha, o autor

¹⁰⁹ FERRARI, Francesca – The Judicial Attempt at Conciliation: the New section 185-bis of the Italian Code of Civil Procedure. **Russian Law Journal** [Em linha]. p. 81.

¹¹⁰ Importante considerar que pelo §278a, número 1, do ZPO, o tribunal pode sugerir às partes que busquem qualquer outro meio de solução de conflito, não se restringindo à mediação.

¹¹¹ STÖBER, Micheal – Os meios alternativos de solução de conflitos no Direito Alemão e Europa: desenvolvimento e reforma. **Revista de Processo**. p. 373.

¹¹² STÖBER, Micheal – *Op. cit.* p. 368.

¹¹³ Vide § 278, número 3, do ZPO.

¹¹⁴ Vide § 278, número 4, do ZPO.

¹¹⁵ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**. p. 215.

destaca¹¹⁶, ainda, que o artigo 21 do Código de Processo Civil francês de 1976 estabeleceria, como missão do juiz, conciliar as partes, mantendo-se atualmente aquele comando normativo¹¹⁷.

Por seu lado, no artigo 128 daquele código acha-se a previsão de que as partes podem chegar a um acordo, seja por iniciativa própria, seja por iniciativa do juiz, isso durante o curso processual, dispondo o artigo 129 que, quando o juiz entender que há condições favoráveis, buscar-se-á a conciliação judicial, à luz de termos e condições por ele fixados, podendo, de igual maneira, ordenar que as partes se reúnam com um conciliador judicial, facultando-se àquelas pedir o registro das propostas que ofertarem. Quanto ao acordo por iniciativa das partes, o artigo 131 prevê que a qualquer momento as partes podem apresentar ao juiz um termo de acordo para que ele sobre tal decida, com ou sem a necessidade de ouvir as partes em audiência e sem que sejam devidas custas processuais para tal exame.

Repete-se, portanto, um padrão de conciliação judicial, cuja sessão é conduzida pelo juiz da causa, sem maiores preocupações com as vantagens e as desvantagens que isso possa corresponder quanto à imparcialidade do julgador, embora exista expressa possibilidade de as partes serem remetidas a uma audiência com conciliador judicial, pessoa estranha ao julgador da causa¹¹⁸.

Frise-se, ainda, que tais preocupações somam-se a outras expressas na doutrina especializada acerca do tema, com destaque para o fenômeno das conciliações forçadas, advindas da pressão exercida pelo juiz sobre as partes, em tentativa de autocomposição, quando a persuasão é substituída pela própria ameaça daquele que detém o poder de julgar a causa com imperatividade estatal, o que representaria, em verdade, a própria denegação da Justiça, conforme alerta dos que assim ponderam, a ponto de Pessoa Vaz rememorar que na Revolução Francesa, pela Circular de 29 do Brumário do Ano V, foram previstas sanções aos conciliadores que adotassem tal proceder, mas não identificando a mesma preocupação na legislação portuguesa vigente¹¹⁹.

Por sua vez, no Brasil, país fortemente influenciado pelo Direito Português, mormente pela condição colonial do passado, com a adoção do Código de Processo Civil de

¹¹⁶ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 267-271.

¹¹⁷ Article 21 - *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties*.

¹¹⁸ Na Ley de Enjuiciamiento Civil, em Espanha, também há previsão da conciliação endoprocessual, na presença do juiz, conforme o Artículo 415. 1, bem como, na forma do Artículo 428. 2, ao estabelecer que o tribunal exortará as partes para que cheguem a um acordo acerca do litígio.

¹¹⁹ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Op. cit.** p.259-261.

2015, a audiência de autocomposição passou a integrar, em regra¹²⁰, o rito comum, porquanto, estando a petição inicial adequada e não sendo o caso de julgamento imediato de improcedência, as partes devem ser convocadas para uma audiência de conciliação ou de mediação¹²¹, na forma do artigo 334 daquele diploma legal.

A própria lei processual brasileira faz distinção entre os papéis da conciliação e da mediação endoprocessual que adota, mais precisamente no artigo 165 do Código de Processo Civil, tomando por base maior ou menor interferência do terceiro imparcial designado para a resolução do conflito, conforme já referido na primeira parte deste capítulo.

A designação de conciliadores e de mediadores para a presidência dos atos processual respetivos, nessa sessão de autocomposição, prevista no rito comum, contudo, conta com alguns pontos de permeabilidade que podem ser interpretados como contornos ao afastamento definitivo do julgador daquelas sessões.

O primeiro deles encontra-se na expressão “onde houver”, do §1º, do artigo 334 do Código de Processo Civil. Isso porque, pelo texto, “onde houver” os conciliadores e os mediadores, eles atuarão necessariamente nas sessões autocompositivas em referência, dando margem a se pensar que onde não houver o juiz pode assumir a presidência daquele ato.

Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Vasconcelos Roque e Oliveira Jr.¹²², depois de situarem no plano fático da realidade estrutural do Poder Judiciário Brasileiro a previsão contida na norma, assim preocupada com a escassez de conciliadores e mediadores em pequenas comarcas do país, fazem um sopesamento da aplicação do regramento para concluir que as vantagens decorrentes da realização da sessão, presidida pelo juiz, são ínfimas frente a desvantagens, a exemplo da vulneração da imparcialidade do julgador, concluindo que o artigo

¹²⁰ Sendo dispensada apenas nos casos do §4º, do art. 334, do Código de Processo Civil. Ou seja, quando ambas as partes se manifestarem pelo desinteresse na composição consensual ou quando o direito em jogo não admitir autocomposição.

¹²¹ A audiência, segundo o texto em vigor, só não será realizada, nos casos previstos no art. 334, § 4º, do Código de Processo Civil Brasileiro, quais sejam: “*I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.*”

¹²² GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *et al.* – **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. p. 79, assim interpretam a questão: “Quer nos parecer que as vantagens da realização desta audiência na fase inaugural do rito (obtenção da autocomposição, prematuro findar do processamento da ação etc.) são bem menores dos que os prejuízos pela realização do ato pelo magistrado (oneração da pauta, quebra da confidencialidade, uso de argumentos de autoridade, falta de preparo técnico etc.). Por isso, ante a lacuna legislativa, acredita-se na prevalência do argumento de ordem pragmática: na ausência de mediadores/conciliadores, a tentativa inaugural de conciliação/mediação poderá ser dispensada pelo juiz. Até porque o art. 3.º, § 2.º, do CPC/2015 deixa claro que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Logo, a contrario sensu, não sendo possível, não se promove a audiência de conciliação/ mediação”.

3º, § 2º, do Código de Processo Civil brasileiro, também considera que a promoção de soluções consensuais de conflitos só serão empregadas dentro de um juízo de reserva de possível.

Em outras palavras, quando não houver conciliadores ou mediadores na comarca, há justa causa para que o ato previsto no artigo 334 do Código de Processo Civil não ocorra, linha de pensamento não remansosa na doutrina¹²³, ainda que o reconhecimento da possibilidade de o juiz presidir aquela sessão seja inconciliável com um princípio expresso e aplicável indistintamente às técnicas autocompositivas mediadas por terceiros, qual seja, a confidencialidade. Esta, inclusive, atua não só em relação às partes, mas também contra o juiz, que não deveria sequer conhecer das questões debatidas, naquele contexto transacional¹²⁴.

Note-se que, embora o sistema processual civil brasileiro, diferentemente do que verificado no italiano, não atribua consequências de julgamento, quando a parte que não comparece ao ato de conciliação, ainda assim sanciona o ausente injustificado à sessão com multa, que pode chegar até o valor de dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, por reconhecer tal conduta como ato atentatório à dignidade da Justiça¹²⁵.

Por sua vez, ainda se encontra, no artigo 359 do Código de Processo Civil, o comando normativo para que o juiz, ao instalar a audiência de instrução e julgamento, busque conciliar as partes, isso mesmo que já se tenha tentado outros métodos consensuais de solução de conflitos.

Com força para liquidar qualquer discussão acerca de uma interpretação que convide o hermenauta a afastar o juiz da presidência dos atos de tentativa de conciliação, encontra-se, dentre os poderes do juiz, conforme artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil brasileiro, a incumbência de promover, a qualquer tempo do processo, a autocomposição entre as partes, existindo a previsão do auxílio de conciliadores e mediadores, mas apenas de forma preferencial¹²⁶.

Assim, a questão que se põe diz respeito ao real *empowerment* que as partes podem usufruir, quando o ato autocompositivo é realizado por quem tem o poder de, no futuro,

¹²³ DIDIER JR, Fredie – **Curso de Direito Processual Civil**. p. 624, por exemplo, entende: “Se não houver conciliador e mediador, em caráter excepcional poderá ser conduzida pelo juiz”.

¹²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da – **Notas sobre ADR, confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível** [Em linha].

¹²⁵ Vide art. 334, § 8º, do Código de Processo Civil Brasileiro.

¹²⁶ O afastamento de aplicação da norma processual, que autoriza o juiz a ser o conciliador judicial, parece só ter viabilidade quando do confronto necessário entre o Código de Processo Civil e a Constituição Federal Brasileira, por evidente colisão do aludido preceito com a cláusula do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, desta última.

julgar a demanda leva ao crivo judiciário, frustrando-se a persuasão e o livre exercício da autonomia da vontade, valores que devem permear o ajuste em referência, que pressupõe, dentre outras características, a condição de igualdade entre os litigantes, especialmente considerando que o processo judicial não pode prescindir da legitimidade de suas formas.

No próximo capítulo, após uma abordagem acerca da importância da imparcialidade judicial enquanto valor basilar do legítimo exercício da jurisdição no Estado de Direito Democrático, tratar-se-á da questão do enviesamento psíquico do julgador, como fator de obnubilação do julgamento correto, e se isso detém real possibilidade de obstaculizar a consecução da promessa constitucional de julgamento justo.

2. A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Não se pode falar em devido processo legal sem se atentar ao papel do julgador, sujeito processual que não só preside o processo judicial, mas também detém a função de realizar a solução adjudicatória do litígio levado ao Estado-juiz.

Dessa maneira, a jurisdição legítima parte de premissa teórica que tem como ponto basilar a presidência do processo por um terceiro imparcial, capaz de solucionar a questão posta em juízo, guiado estritamente pelo dever de aplicar a correta solução normativa às asserções fáticas demonstras pelas partes, imunizado de outros interesses, sejam de ordem pessoal ou patrimonial, sejam pertencentes a ele ou às pessoas com ele relacionadas.

Frente a tudo isso, neste capítulo pretende-se, após sumário transcurso pela construção histórica do conceito de imparcialidade, apresentá-lo em suas diversas facetas conceituais e distinções frente a outros elementos do conjunto dos princípios de integridade judiciária a que ele também pertence.

A partir desse roteiro, objetiva-se encontrar conceito possível da imparcialidade, para o reconhecimento de um juiz desvestidos de máculas de parcialidade, tudo isso como ponto inicial a exame daquilo que causa desvio efetivo do julgador e o impede de realizar julgamento adequado, tendo como referências pesquisas, especialmente no campo da psicologia da cognição, aplicadas à experiência forense.

Assim, abre-se a possibilidade de se examinar se a participação do juiz, na conciliação judicial, é fator de desvio cognitivo daquele sujeito processual que terá a missão de julgar, necessariamente ungido pelo atributo da imparcialidade, a questão trazida ao processo judicial, especialmente em caso de restar frustrada a tentativa de solução autocompositiva da lide.

2.1. A imparcialidade do julgador como pressuposto essencial da jurisdição no Estado Democrático de Direito

A iconografia do Direito, do modo apontado por Franca Filho, só muito recentemente adotou uma imagem da justiça como uma mulher vendada, na figura da deusa Têmis, porquanto antes era representada por uma imagem de alguém com “uma visão clara e

límpida dos fatos”¹²⁷. Assevera, ainda, que a visão aberta da justiça, adversando com a cegueira, esta com o propósito de simbolizar a imparcialidade, foi notada como tema de realce nas obras de Hubert François Bourguignon e Charles-Nicolas Cochin¹²⁸, momento em que a arte apresentava, como elemento icônico da justiça, um grande olho, como marca do conhecimento pleno do que seria julgado.

No mundo helênico, a simbólica tensão entre uma justiça divina, representada por Têmis¹²⁹, e uma justiça de homens, representada por Díke¹³⁰, muito bem representou a tensão acerca da importância ou não da imparcialidade, posicionando-se, de um lado, o juiz enquanto divindade, imune a imperfeições, e, de outro, rendendo importância e necessidade de se averiguar quem pronunciaria uma sentença¹³¹.

Reduzindo-se o processo a sistema de provas mágicas, como aludira Michel Foucault¹³², no cenário histórico do Direito Feudal, o litígio normalmente era resolvido por jogos, quando então as partes submetiam-se a aceitar ordálios, em famosos “Julgamentos de Deus”, nos quais as lutas e provações corporais eram chaves para o sucesso ou o insucesso de uma demanda judicial, como manifestação de vontade divina, capaz de revelar o verdadeiro Direito.

Assim, se o resultado da disputa era um dado objetivo que advinha, por exemplo, da impossibilidade de se suportar a dor de andar numa barra de ferro incandescente, o papel do julgador restringia-se a reconhecer a vitória ou a derrota naquela gincana de prova automática, restando à autoridade a pálida função de fiscalizar a regularidade do procedimento probatório¹³³.

¹²⁷ FRANCA FILHO, Marcílio T. – **A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e Direito**. p. 32.

¹²⁸ FRANCA FILHO, Marcílio T. – **Op. cit.** p. 34.

¹²⁹ PIRES, A.S.X. *Justiça na perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates*. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016, 55, esclarece: “Em sua linhagem Têmis é filha do Céu e da Terra, o que se lhe reconhece a condição de Potestade primordial responsável pela conservação da ordem cósmica a quem se confere a força de guardar, ordenar e reger a justiça divina”.

¹³⁰ PIRES, Alex Sander Xavier – **Justiça na perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates**. p. 57, registra: “Genealogicamente, Díke, a Justiça, é uma das Hórai filhas de Zeus e Têmis a quem se acreditou a missão de velar pela justiça dos homens concebendo-se que as relações humanas devem ser ordenadas e seguras tomando-se por base a medida divina imposta por Zeus”.

¹³¹ BRANDÃO, Junito de Souza – **Mitologia Grega**. p. 152, assenta: “Foi exatamente com isto inclusive que Sólon tentou romper, substituindo a têmis pela díke, “dique”, isto é, pela justiça dos homens, baseada em leis escritas. Lamentavelmente, porém, enquanto as aristocracias não foram derrubadas, a administração da justiça continuou a ser manipulada por magistrados e conselheiros aristocráticos”.

¹³² FOUCAULT, Michel – **A verdade e as formas jurídicas**. p. 58-61.

¹³³ FOUCAULT, Michel – **Op. cit.** p. 61.

Portanto, é na laicização do processo, com a substituição da figura do juiz divino, conceitualmente incorruptível e inerrante, pelo julgador humanizado, o momento em que a imparcialidade ganha importância no Direito Processual, como instituto cativo desse ramo da Ciência do Direito, requerendo, como muitos outros institutos daquela nova ordem, a substituição do paradigma teológico pelo racional¹³⁴.

É de se anotar, por oportuno, como destaca Zaidan de Carvalho¹³⁵, que até o séc. X e início do séc. XII, o mundo europeu ocidental não conhecia juízes e advogados profissionais, desempenhantes de atribuições com base em um direito especializado, bem como não se conhecia também um judiciário enquanto instituição, com procedimentos distintos de regras e de costumes sociorreligiosos.

Ainda segundo o citado autor, o contributo do pensamento consequente da *Revolução Gloriosa* (1688-1689), especialmente com o *Act of Settlement*¹³⁶ (1701), foi fundamental para o surgimento de modelo de magistratura independente da coroa, capaz de garantir confiança aos credores da realeza, que puderam então buscar reconhecimento de direitos e obrigações contra o próprio interesse real¹³⁷. Isso porque os julgados passaram a ser conduzidos por juízes vitalícios, com remuneração fixa, bem como disciplina funcional subordinada ao ato das Câmaras dos Lordes e dos Comuns¹³⁸.

Desse modo, foi justamente com a modernidade engendrada pelas revoluções burguesas que características como generalidade, abstração e impessoalidade sobem ao palco

¹³⁴ LIMA, Danilo Pereira – **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. p. 28, assim assenta acerca da transformação que se quis aqui sintetizar: “O processo de secularização marcou também a substituição dos sacerdotes pela figura do jurista como arquiteto do Estado absolutista. A ordem política que se impôs a partir desse momento substituiu o fundamento teológico por uma racionalidade instrumental necessária para o aparecimento dos primeiros estatutos legais, da burocracia, de um exército permanente, das estruturas administrativas de governo, etc”.

¹³⁵ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial.**, p. 44.

¹³⁶ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Op. cit.** p. 60-61, referindo-se à aquele ato, sustenta que: “Este foi um elemento de reforço da capacidade financeira da monarquia britânica durante o século XVIII, fomentando a tomada de empréstimos a juros mais baixos pela redução dos riscos de inadimplemento, criando condições propícias para a Revolução industrial”. OAKES, Anne Richardson; DAVIES, Haydn – Justice must be seen to be done: a contextual reappraisal. **Adel Law Rev** [Em linha]. p. 491, citando Shimon Shetreet, reconhece o *Act of Settlement* como o primeiro momento da construção da independência, voltada ao reconhecimento interno de tal garantia judiciária. Num segundo momento, que começa logo após aquele marco histórico, tal conceito cruzou fronteiras e influenciou o mundo político e acadêmico, agora em seara transnacional, com impacto em outras ordens jurídicas nacionais.

¹³⁷ Como observa CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Op. cit.** p. 59, o interesse real não mais se confunde com o interesse dos súditos. CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes legisladores?** p. 78, ressalta que até aquele momento histórico, os juízes eram tratados como funcionários do executivo, nomeados pelo rei.

¹³⁸ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Op. cit.** p. 58-59.

da institucionalidade ocidental europeia, proclamando a igualdade entre todos os indivíduos¹³⁹, ainda que somente realizada no plano formal e com muita debilidade, até nos tempos atuais.

Com a emergência do *princípio da impessoalidade*, a aplicação da norma jurídica tem como pretensão atingir uma infinidade de pessoas, indiscriminadamente, exigindo, portanto, situação de “neutralidade” do aplicador do direito frente à “particularidade individual”¹⁴⁰.

Nesse esteio, as ideias, hoje singelas, de que ninguém pode ser juiz de sua própria causa, bem como de que não se pode esperar imparcialidade daquele que tem interesse no resultado de um julgamento, tomam forma no debate público, seja na obra de Thomas Hobbes¹⁴¹, quando assenta que nenhum tribunal pode ser competente para reexaminar seus próprios erros, seja século depois, nos famosos debates que formaram a obra coletiva do *Federalist Papers* – coletânea de argumentações lavradas em patrocínio da ratificação da Constituição Norte-americana – quando se considerou a necessidade da instituição de uma Suprema Corte, capaz de, com a isenção necessária, examinar os conflitos dos entes em via de adoção do sistema federativo¹⁴², considerando a franca parcialidade dos tribunais estaduais para solução daquelas questões.

A conceção do monismo da jurisdição estatal¹⁴³, exigência das reformas da modernidade, representa não só uma premissa imposta para racionalização do Direito, como também um garantidor da aplicação do regramento jurídico burguês que se levantava naquele momento contra os privilégios da nobreza. Atento à afirmação da impessoalidade e da generalidade, um marco simbólico na historicidade europeia foi a decisão tomada na Revolução

¹³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos – **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. p. 133.

¹⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos – *Op. cit.* p. 134.

¹⁴¹ HOBBS, Thomas – **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. p. 52. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. p. 60 ilustra o pensamento de Locke, ao reconhecer que as pessoas não podem ser bons julgadores dos seus próprios interesses, excluiu do rei a função de julgar, entregando-a a um juiz equânime e indiferente. Na mesma linha, GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Código de Processo Civil Anotado: Código de Processo Civil Anotado**. p. 162.

¹⁴² ALEXANDER, Hamilton – **O Federalista**. p. 470.

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro – **Juizes Irresponsáveis?** p. 29, destaca que como o Estado é a única fonte do direito, à luz da teoria da soberania, sendo o parlamento a vontade do povo, os atos dele advindos não podem ser contrários ao Direito. Contudo, o sistema de controlo de constitucionalidade representa uma refutação de tal ideia. Por sua vez, CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. p. 71, sustenta que frente ao dilema que se estabeleceu entre direito e poder, especialmente na indagação se o direito regula o funcionamento do poder ou se é este último quem cria o primeiro, o constitucionalismo apresentou-se como o estabilizador, apresentando-se na Constituição uma declaração de direitos e garantias individuais e, a partir do conceito de soberania, formulou-se *as condições para exercício do poder*. Além disso, a soberania, com o constitucionalismo, passou a ser um conceito despersonalizado e estabilizado por instituições que fiscalizam o seu cumprimento.

Francesa, na assembleia de 4 de Agosto de 1789, quando se proclamou a supressão das justiças senhoriais, como parte do pacote de abolição do Direito Feudal¹⁴⁴.

Em síntese, como ressaltado por Bernd Schünemann¹⁴⁵, as sociedades modernas passam a adotar as qualidades da neutralidade e da imparcialidade em suas respectivas legislações, sem as quais um terceiro, embora em patamar institucional elevado, não poderia se habilitar a solucionar conflitos.

Com o pensamento advindo do Iluminismo, uma das conquistas buscadas pelo modelo de Estado Liberal foi consagrar a neutralidade como atributo necessário a que um terceiro fosse designado para a solução de litígios¹⁴⁶. Nessa senda, não é incomum ter-se o emprego da referência à imparcialidade como vocábulo sinônimo de neutralidade, o que vem a proporcionar, muitas vezes, uma indesejável impropriedade, mormente quando se afasta do exame da imparcialidade do julgador como elemento de estatura processual e a aproxima da neutralidade científica, propugnada pelo positivismo.

Não raro, a neutralidade é indicada como parcela da imparcialidade, como resalta César de Sousa¹⁴⁷, ao afirmar que aquela, juntamente com independência perante o objeto da causa, compõe o dueto garantidor da isenção de um julgamento.

Igreja Matos, ao examinar o surgimento do Estado Social que emergiu dos escombros do totalitarismo, assevera que o julgador foi espelhado no modelo do “especialista científico”¹⁴⁸, como se pudesse ser desconectado das “contingências sociais”¹⁴⁹ e refletisse uma neutralidade científica imune a qualquer contaminação. Diga-se mais, como se o processo fosse um experimento científico a contrapor a afirmação trazida pelo autor com a negação formulada pelo réu, abstraindo-se disso tudo, por exemplo, que o processo conduz a uma conclusão que, como regra, é temporalmente irrefutável, mostrando-se como uma experiência

¹⁴⁴ FRÉDÉRIC, Bluche; STÉPHANE, Rials; TULARD, Jean – **Revolução Francesa**. p. 22, assim avaliaram aquele momento da história da Revolução Francesa: “O Antigo Regime social é varrido. Fez-se “tábua rasa”, observou um contemporâneo. A noite de 4 de agosto inaugura uma nova sociedade da qual foi excluído o privilégio, forma antiga das liberdades, e na qual a igualdade jurídica será a regra e a moldura da nova liberdade”.

¹⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In GRECO, Luís, Coord. – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 206.

¹⁴⁶ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juiz**. p. 53.

¹⁴⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de – **Estudos sobre o novo processo civil**. p. 40.

¹⁴⁸ IGREJA MATOS, José – O juiz e o processo civil: contributo para um debate necessário. **Revista Julgar** [Em linha]. p. 32.

¹⁴⁹ IGREJA MATOS, José – **Op. cit.** p. 32.

irrepetível¹⁵⁰, quando, em verdade, a ciência lida com conclusões incessantemente reformuladas, reexaminadas e muitas vezes desconstruídas com o avanço de novas descobertas.

Michele Taruffo¹⁵¹, ao contestar a resistência imposta à atividade probatória do juiz, rechaça a ideia de que imparcialidade seja sinônimo de neutralidade e passividade, porquanto aquela atividade, por si, não onera de parcialidade quem age de ofício.

Barbosa Moreira¹⁵² rebate a tentativa de reconhecer sinonímia entre neutralidade e imparcialidade, indicando que esta última, uma qualidade do julgador, é revelação do *princípio da igualdade*, que veda outra condução processual do juiz divorciada do equilíbrio na concessão de oportunidades processuais, tudo isso com o propósito de se chegar a um julgamento justo. Nesse diapasão, o julgador não pode ser indiferente à contenda que lhe é apresentada, razão pela qual o conceito de neutralidade não encontra respaldo na seara processual, porquanto quem preside o processo deve sim “preferir a vitória”¹⁵³ da parte a quem a ordem jurídica lhe reconhece razão.

Empregando a expressão neutralidade como categoria aplicada ao julgador, Antoine Garapon¹⁵⁴ – ao recomendar que o juiz deve manter-se à distância de paixões que enviesem o julgamento – declara que o bom juiz não pode renunciar à humanidade que lhe é inerente, porquanto esta última é quem proporciona o discernimento de não aplicar a Lei de forma injusta.

Para Gasparetto Lunardi, a separação das duas categorias envolve primordialmente a intensidade do aspeto subjetivo, situando-se o conceito de imparcialidade como sinônimo de julgamento reto e atento à legalidade, portanto imune a paixões e à interferência “consciente de um elemento externo”¹⁵⁵, para além da conformidade normativa ao caso em exame; enquanto o de neutralidade liga-se ao posicionamento ideológico,

¹⁵⁰ Tomando-se em conta convenções de segurança jurídica, como a coisa julgada.

¹⁵¹ TARUFFO, Michele – **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. p. 146.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa – Reflexões Sobre a Imparcialidade do Juiz. **Carta mensal**. p.23.

¹⁵³ *Idem* – **Ibidem**, citando o escólio de Joachim Riedel, enfatiza que o distanciamento do juiz em relação ao litígio que examina é atitude contrária exatamente do que dele se espera. TARUFFO, Michele – **El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva**. p. 03, aponta para o perigo do juiz neutro, ao fugir da sua missão de garantir a igualdade das partes, *verbis*: ... y limite su actividad al control acerca de la fariness del debate, porque em caso contrario estaria en peligro su imparcialidade e por tanto la garantia de la igualdad de las partes desde el punto de vista del due processo of law.

¹⁵⁴ GARAPON, Antoine – **O guardador de promessas: justiça e democracia**. p. 273.

¹⁵⁵ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto – Mitos e ideologias constitucionais. Reflexão sobre a “neutralidade” do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. p. 325.

envolvendo carga valorativa, crenças e inserção social, afiliando-se à subjetividade e com esta mantendo laço inseparável.

Ora, a discussão mais vigorosa acerca da neutralidade científica – mesmo não se apresentando como objeto deste estudo acadêmico, mas exigindo este tangenciamento – é categoria de debate epistêmico mais sofisticado e conflituoso, especialmente nas ciências sociais, como demonstram os weberianos¹⁵⁶ que se dedicaram ao questionamento da possibilidade de ela subsistir nos estudos da axiologia, porquanto é desafio próprio da sociologia e da proclamada Ciência do Direito¹⁵⁷, não parecendo ser de bom alvitre invocá-la como categoria do processo judicial.

Isso porque, no âmbito processual, parece que não se pode falar que o julgador deva ser cobrado pelo atributo da neutralidade, eis que referente à categoria científica, mas sim que o julgador, para legitimar sua atividade de pronunciar o direito, deve ser avaliado como alguém que não cultiva interesse próprio na causa, com vista a querer, de forma preconcebida, o desfecho de um litígio de determinada forma. Mais ainda, como afirmado por Arthur Sousa¹⁵⁸, aquele sujeito processual deve ser visto, especialmente pela coletividade, como objetivamente isento, desinteressado e independente.

Até porque a cognição realizada pelo julgador judicial é diferente da empreendida pelo cientista, como explica Giulio Ubertis¹⁵⁹. Enquanto o cientista opera sua cognição sobre fatos pertencentes a uma classe definida, o julgador manifesta-se acerca de condutas humanas individuais e que não se repetem, indo além, ao esclarecer que o examinador judicial não se relaciona com os fatos que examina, mas estuda enunciados fáticos e assim afirma a verdade ou a falsidade daquelas asserções das partes.

¹⁵⁶ WEISS, Raquel – Max Weber e o problema dos valores: as justificativas para a neutralidade axiológica. **Revista de Sociologia e Política** [Em linha]. p. 120, discutindo acerca da neutralidade axiológica em Max Weber, assenta que: “... aparece como um limite para atividade crítica da ciência, que pode mostrar ao indivíduo os valores últimos que os movem, mas não pode enunciar nada sobre a validade desses juízos, isto é, não pode emitir juízos de valor sobre os próprios juízos de valor a que se refere”.

¹⁵⁷ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto – Mitos e ideologias constitucionais. Reflexão sobre a “neutralidade” do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. p. 323, enfatiza – ao comentar passagem onde cita a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen – que: “Durante algum tempo a neutralidade do jurista foi apontada como uma virtude. Por outro lado, a maioria dos pensadores do direito no século XX, partindo das mais variadas premissas filosóficas e sociológicas, questionaram a neutralidade do aplicador do direito, chegando a considerá-la inexistente”. Na sequência, assevera que (p. 324): “Nenhuma ciência é pura, autônoma ou neutra; todas estão sujeitas a influências externas”.

¹⁵⁸ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juiz**. p. 42.

¹⁵⁹ UBERTIS, Giulio – **Elementos de epistemologia del proceso judicial**. p. 20.

Portanto, muito além do âmbito de discussão da neutralidade científica, que envolve a relação entre sujeito e objeto, a discussão acerca da imparcialidade envolve acima de tudo a garantia de externalização da limpidez do julgador, esta delimitada por convenções normativas estabelecidas em uma sociedade historicamente situada, numa relação entre sujeitos processais.

Até o séc. XVIII, conforme explica César de Souza¹⁶⁰, era a independência quem prevalecia nas discussões acerca da integridade do órgão de julgamento, ainda que não se possa deixar de registrar que na Declaração de Direitos da Virgínia (1776) o termo imparcialidade estivesse presente, embora não se tenha firmado na Constituição Norte-Americana (1787), só sendo lembrado, naquele país, mais tarde, pela Emenda Constitucional VI (1791).

Noutro bordo, a independência, elemento de integridade judiciária de relação umbilical com a imparcialidade, foi reconhecido nos *Princípios de Bagalore*¹⁶¹ como pré-requisitos para se atingir a imparcialidade. Trata-se de valor voltado à proteção daquela função estatal, com mira a impedir interferências indevidas dos poderes executivo e legislativo em detrimento da administração da justiça.

Como registra Mauro Cappelletti¹⁶², a independência do judiciário vem assumindo, nas democracias ocidentais, formas que eram impensadas no passado próximo, eis que sua atual densidade exige inclusive a imunização daquela função estatal quanto às pressões de ordem social, política, econômica, inclusive com exigência de que não seja maculada pela própria ordem interna dos tribunais¹⁶³.

Por oportuno, Aguiló Regla¹⁶⁴ considera que são três os bens jurídicos fundamentais para o exercício da jurisdição, quais sejam: o dever de aplicar a lei, a imparcialidade e a independência. Enquanto a independência volta-se à não submissão do juiz,

¹⁶⁰ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juiz.** p. 53-55.

¹⁶¹ OFFICE ON DRUGS AND CRIME – **Commentary on the Bangalore principles of judicial conduct** [Em linha]. p. 57.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes legisladores?** p. 78. Por sua vez, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** p. 664, quando distingue a independência interna da externa, alude que a primeira, reconhecida por alguns autores como independência funcional, “significa a independência perante os órgãos ou entidades do poder judiciário”, enquanto a externa se refere a afirmação de independência do judiciário em face de outros poderes.

¹⁶³ OGOOLA, James – **Applicability of the Bangalore Principles to the Ugandan judiciary as a tool for improving judicial ethics and accountability** [Em linha]. p. 04. Neste sentido, importante observar UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC) – **General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial.** p. 07.

¹⁶⁴ REGLA, Josep Aguiló – **Aplicação do direito, independência e imparcialidade.** **Novos Estudos Jurídicos** [Em linha]. p. 231.

por exemplo, a fatores sociais, quando do desempenho da sua função, a imparcialidade se verifica pela tomada de decisão sem submissão às partes e sem interesse no objeto de disputa. Assim, a tríade supracitada contém elementos indissociáveis, porquanto só pode aplicar a lei, pelas próprias razões contidas na norma jurídica, aquele que é independente e imparcial.

Explica o autor que no formalismo legalista, o Direito é a lei, em posição completamente hermética, sem comunicação com outros ambientes¹⁶⁵. Assim, o papel do julgador é fazer a subsunção da norma, resolvendo a questão teórica posta no processo. Consequentemente, independente é o juiz que aplica estritamente a lei, produzindo, assim, uma decisão *sub lege*. Imparcial é o juiz que faz a aplicação da lei, divorciado de qualquer subjetivismo. Trai a garantia da objetividade da jurisdição o juiz que admite raciocínios que transbordem os limites da lei¹⁶⁶.

Por sua vez, o positivismo normativista, embora aceite a ideia do “império da lei”, considera o Direito um fenômeno social complexo, que não consegue dar solução para cada questão, carecendo, assim, de uma linguagem normativa aberta. Diante disso, o papel do Direito é resolver também casos que não estão expressamente regulados. Consequentemente, nas hipóteses de casos regulados, independente é o juiz que aplica apenas a lei e imparcial é o juiz que assim o faz de forma neutra. Por sua vez, nos casos não regulados, imparcialidade e independência são ideias extraleais, sendo o Direito aí indeterminado e, sua aplicação, impregnada de subjetivismo¹⁶⁷.

No pós-positivismo, o Direito é formado por regras e princípios, sendo mais que um sistema fechado de normas, pois interage com a prática social. Embora se retome a ideia de aplicação do direito como o encontro de uma única resposta para o caso, o agir com imparcialidade e com independência revela-se justamente quando os motivos e as justificações de uma decisão estão em estrita coincidência, sem que outros fatores interfiram nessa relação¹⁶⁸.

Noutro giro, é importante excursionar acerca de outra dicotomia doutrinária, quanto à parcialidade do julgador, quando se usam os termos imparcialidade e imparcialidade. A primeira mantém relação com uma função processual¹⁶⁹, envolvendo a categoria da

¹⁶⁵ REGLA, Josep Aguiló – Aplicação do direito, independência e imparcialidade. **Novos Estudos Jurídicos** [Em linha]. p. 234.

¹⁶⁶ REGLA, Josep Aguiló – *Op. cit.* p. 235.

¹⁶⁷ *Idem* – *Ibidem*.

¹⁶⁸ REGLA, Josep Aguiló – *Op. cit.* p. 237.

¹⁶⁹ CABRAL, Antonio – Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**. p. 345, anota que imparcialidade é a incorporação do Estado-juiz da posição de terceiro, que não age como parte.

legitimidade para a prática de um ato, examinada à luz do plano da eficácia dos atos processuais praticados. Por seu turno, nesse giro de contraste, a imparcialidade envolve a capacidade do sujeito processual, sendo um atributo pessoal, e é discutida na órbita da nulidade ou não do ato praticado¹⁷⁰.

Por sua vez, o contraste entre a imparcialidade objetiva e subjetiva relaciona-se ao próprio processo descontinuado da construção histórica deste instituto, porquanto, em um primeiro momento revelou-se mais preocupado com um exame estritamente de consciência, lançando olhar apenas em aspetos de foro íntimo do julgador, e só depois veio a se construir em uma vertente objetiva, voltada à “imagem pública e às aparências de imparcialidade do juiz”¹⁷¹, como ingredientes essenciais a afirmar a legitimação das decisões judiciais.

Abrantes Geraldles, Paulo Pimenta e Pires de Souza relacionam a imparcialidade subjetiva com as convicções pessoais do juiz, exigindo prova em contrário para afastar a presunção de sua existência; enquanto a objetiva ou funcional deve ser examinada em consideração com a *teoria da aparência*, à luz da máxima *justice must not only be done, it must also be seen to be done*¹⁷², devendo o tribunal garantir, pela respetiva composição, que não reste dúvida acerca daquela garantia.

Com sutil distinção, também se encontra na doutrina a divisão da imparcialidade em objetiva e subjetiva, agora considerando, no primeiro caso, a relação funcional entre o julgador e o objeto do processo, tendo em conta o desinteresse do juiz neste último, enquanto no segundo caso toma-se em importância o aspeto da relação pessoal entre partes e julgadores, com origem extraprocessual¹⁷³.

A imparcialidade objetiva, nesses exatos termos, busca evitar justamente o exercício da função de julgar por quem já desempenhou outra função no processo, capaz de

¹⁷⁰ CABRAL, Antonio – Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**. p. 347-348. Esclarecer o autor (p. 348): “Se a capacidade ou imparcialidade são atributos pessoais, a legitimidade, por seu caráter correspectivo de correspondência, não existe *in genere*, mas em cada caso concreto e para cada ato processual.” VARGAS, Carlos Adolfo Picado – El Principio de Imparcialidad del Juez. Concepto e implicaciones. **Revista de Iudex** [Em linha]. p. 40, posiciona a imparcialidade e a independência como pressupostos para a imparcialidade.

¹⁷¹ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. p. 42.

¹⁷² GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Código de Processo Civil Anotado: Código de Processo Civil Anotado**. p. 156.

¹⁷³ FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez – **La contaminación procesual: el derecho al juez imparcial**. p. 22- 23.

incutir no julgador ideias preconcebidas, premissa que se monta em aspeto de exame de aparência na aferição de legitimidade daquele agente para julgar¹⁷⁴.

Nesse sentido, Pires de Sousa¹⁷⁵ aponta que imparcialidade objetiva exige aferição sob a ótica da *teoria da aparência*, questão assim resolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mormente desde o caso *Piersack vs. Bélgica*, quando ali se reconheceu que a aparência¹⁷⁶ de parcialidade de um julgamento viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Como sintetiza César de Souza¹⁷⁷, naquele julgamento histórico deu-se a distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva, fincando-se uma tríade de conclusões acerca do tema: a) as aparências importam; b) basta a dúvida para se excluir o juiz e c) a transcendência do tema acarreta a desnecessidade de se comprovar os resultados sobre a efetiva convicção do julgador.

Infelizmente, o aludido tribunal não se manteve com firmeza na adoção de critérios estritamente objetivos para o reconhecimento da imparcialidade do julgador, abrindo espaço para infeliz involução casuística, a partir do julgado *Hauschildt vs. Dinamarca*¹⁷⁸, para então examinar a intensidade do ato praticado pelo julgador, e só assim concluir se foi maculado referido dever daquele sujeito processual¹⁷⁹.

Nesse ponto, arremata Mouraz Lopes¹⁸⁰, após relacionar e discutir as especificidades das decisões do TEDH que, sem desconsiderar os variados ordenamentos jurídicos que serviram de base à observação de cada um daqueles julgamentos, restou marcada na jurisprudência uma conceção de processo justo, para o sistema europeu de direitos humanos,

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez – **La contaminación procesal: el derecho al juez imparcial**. p. 54.

¹⁷⁵ SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. p. 335.

¹⁷⁶ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial** p. 57 destaca que já no pensamento hobbesiano, bastaria a aparência do interesse como causa suficiente para se reconhecer maculada à imparcialidade objetiva, ainda que Hobbes não acatasse a ideia de interpretação da lei pelo juiz, porquanto a norma deveria ser aplicada à luz de razões de Estado.

¹⁷⁷ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juiz**. p. 47, destaca por fim: “... por isso é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais podem provocar dúvidas de parcialidade”.

¹⁷⁸ LOPES, José António Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. p. 83, não só destaca que este foi o caso mais expressivo do TEDH, como também lembra que o envolvimento de Portugal em julgamento de destaque naquela corte, como no caso Saraiva Carvalho, quando não se reconheceu violação à imparcialidade, em qualquer dos seus aspectos, na oportunidade em que um juiz funcionou na produção do despacho de pronúncia e depois integrou o próprio corpo de julgamento, porquanto não teria praticado ato de instrução.

¹⁷⁹ Neste sentido, conferir em BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias** [Em linha].

¹⁸⁰ LOPES, José António Mouraz – **Op. cit.** p. 85.

que é indissociável da garantia da imparcialidade, tanto na ótica subjetiva, quanto na objetiva¹⁸¹. Na vertente subjetiva, a atenção envolve questões de foro íntimo, preocupando-se com o pensar do julgador¹⁸², enquanto na segunda, tomando-se em conta o “caráter orgânico ou funcional”¹⁸³ do desempenho do agente, verifica-se se isso carrega ou não favorecimento a alguma das partes.

O autor¹⁸⁴ ainda registra que a imparcialidade exige extrema transparência acerca das funções desempenhadas pelo juiz, não bastando, portanto, apenas ser efetivamente imune de parcialidade, mas também parecer imparcial. Nesse aspeto, considerando o grau de importância que tal pressuposto processual¹⁸⁵ tem para a validade do processo e para a legitimação da atividade judicial, como a verificação da imparcialidade muitas vezes envolve o impossível exame do subjetivismo do julgador, a dúvida é suficiente para afastá-lo do julgamento do caso, devendo ser hipótese de recusa do juiz, quando aparente se mostra a parcialidade¹⁸⁶, também por contaminação psicológica de verossímil conclusão, questão que será visitada em capítulo próprio deste trabalho.

Portanto, encaminhando-se agora para uma definição de imparcialidade, em um primeiro momento, deve envolver uma conceituação negativa, donde se depreende que o juiz imparcial é aquele que a legislação processual não o macule de parcialidade. Nesse viés, Montero Aroca¹⁸⁷ chama a atenção para a própria construção do vocábulo imparcialidade, porquanto importa na colocação de um prefixo de negação, de inexistência, na palavra “parcialidade”, devendo, primeiramente, ser essa expressão bem compreendida a fim de que aquela outra receba seu devido significado.

Em Portugal, conforme assevera Teixeira de Sousa¹⁸⁸, as hipóteses de falta de imparcialidade do julgador envolvem impedimentos, escusas e suspeições, valendo destacar, eis que bastante ilustrativa, a hipótese prevista no artigo 115, número 1, “h”, do Código de Processo Civil, a impedir que o juiz seja conhecedor direto do fato que vai julgar, porquanto é

¹⁸¹ GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Código de Processo Civil Anotado: Código de Processo Civil Anotado**. p. 156.

¹⁸² LOPES, José António Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. p. 86-87.

¹⁸³ LOPES, José António Mouraz – *Op. cit.* p. 87.

¹⁸⁴ *Idem* – *Ibidem*. Na mesma linha, reconhecendo que a dúvida acerca da imparcialidade é suficiente para afastar o julgador, seguem FIGUEIREDO DIAS, Jorge; BRANDÃO, Nuno – **Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal** [Em linha]. p. 12-13.

¹⁸⁵ GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – *Op. cit.* p. 162, classificam a imparcialidade como “pressuposto essencial para o exercício da função” jurisdicional.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez – **La contaminación procesal: el derecho al juez imparcial**. p. 54.

¹⁸⁷ AROCA, Juan Montero – La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. In **Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio** [em linha]. p. 797.

¹⁸⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de – **Estudos sobre o novo processo civil**. p. 41.

critério obstativo do ato de produzir a decisão judicial o conhecimento privado do conteúdo fático submetido a determinado julgador¹⁸⁹.

Somente na pós-segunda guerra, a imparcialidade judicial passou a figurar em tratados internacionais como imperativo das democracias no ocidente, expressão associada ao agir isento, imparcial e independente, guiado por interesses lógicos-rationais¹⁹⁰.

A imparcialidade é expressão basilar do devido processo legal, em um Estado Democrático e de Direito, destacando Mouraz Lopes¹⁹¹ que, em tal contexto, não se pode sequer cogitar um tribunal estranho aos adjetivos de independência e de imparcialidade, valores expressamente contidos nos seguintes dispositivos normativos, aos quais se vincula Portugal: artigo 10 da DUDH, no artigo 6, n° 1, da CEDH e no artigo 14, do PIDCP, ratificado em Portugal pela Lei n° 29/78, de 13 de Outubro.

Por oportuno, faz-se necessário assentar que a Constituição da República Portuguesa registra o vocábulo imparcialidade em três passagens: 1) quando trata de princípios gerais de Direito Eleitoral (artigo 113, 3, “c”), 2) quando elenca as garantias dos membros do Tribunal Constitucional (artigo 222, 5) e 3) quando relaciona os princípios norteadores da atuação dos agentes administrativos (artigo 226, 2).

Por não se verificar a expressa indicação da imparcialidade, como cláusula generalizante na Constituição, isso como atributo necessário e exigível dos membros dos tribunais, ela é reconhecida como uma decorrência da independência dos órgãos judiciais, como sugere Mouraz Lopes, acrescentando que a omissão constitucional não é capaz de colocar em xeque tal “aquisição”¹⁹² do constitucionalismo português. Citando a doutrina de Karl Larenz, o

¹⁸⁹ LEBRE DE FREITAS, José – **A ação declarativa comum**. p. 279, assim define a posição da testemunha no processo, quando trata da admissibilidade de tal espécie de prova: “Fonte de prova pessoal representativa, a testemunha é um terceiro em face da relação jurídica processual, ainda que não perante a relação jurídica material ou os interesses que no processo se discutem (1), estando, pois, excluída como tal a parte (arts. 452-1 e 453-3) e o seu representante legal (an. 453-2) aos quais é reservado o depoimento de parte (art. 496), bem como o juiz que não se declare ou seja declarado impedido (arts. 115-1-h e 499-1)”.

¹⁹⁰ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juízes**. p. 41-42.

¹⁹¹ LOPES, José António Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. p. 48. Noutra passagem da obra (p. 80), o autor reforça que na ordem jurídica europeia inexistia um valor tão consagrado, no elenco dos princípios do processo penal, como a imparcialidade, destacando que a Convenção Europeia de Direitos Humanos - CEDH reconhece o direito a um tribunal “objectivo, independente e imparcial como garantia de um processo justo”.

¹⁹² LOPES, José António Mouraz – **Op. cit.** p. 76. Na página 75, esclarece, ao tratar especialmente da estrutura acusatória do processo penal português, que: “Inicialmente entendido como uma das facetas da independência dos tribunais ou mesmo como integrado pelo princípio do juiz natural, que constitucionalizado em 1976, asseguraria assim a imparcialidade dos juízes, a sua autonomia no ordenamento jurídico português não atingiu, ainda, a ‘idade constitucional’ ou o que é mesmo a dignidade normativa de princípio inequívoco e autonomamente inscrito na constituição”.

autor¹⁹³ registra importante questão acerca da legitimação da jurisdição, no Estado de Direito, porquanto, sem o atributo da imparcialidade não se pode imaginar que um cidadão poderia confiar a solução de conflito aos tribunais, renunciando ao exercício da autodefesa¹⁹⁴.

Nessa mesma trilha, Reis Friede¹⁹⁵ aponta que a garantia do devido processo legal exige um complexo de garantias constitucionais, estas ancoradas em ética capaz de legitimar o correto exercício da função de julgar, pelo Estado-Juiz.

Ora, se a imparcialidade é alicerce necessário ao exercício da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, tal premissa parece não encontrar coerência no caso em que o legislador impõe um rol cerrado de hipóteses de recusa do juiz, por parcialidade. Em outras palavras, se em passagem anterior foi dito que a imparcialidade é garantida pela inexistência de hipóteses de parcialidade, previstas na lei processual, em momento mais maduro da discussão só isso não é mais suficiente.

Neste aspeto, César de Souza¹⁹⁶ também assevera a impossibilidade de redução, em *numerus clausus*, as hipóteses de parcialidade do julgador, pelo legislador infraconstitucional, porquanto isso estaria indevidamente limitando uma garantia prevista na Constituição. Na mesma linha, ele também destaca a correção da norma processual penal italiana, ao prevê uma cláusula de abertura, na expressão *gravi regioni di convenienza*, no artigo 51, II, do Código de Processo Civil¹⁹⁷, como tábua de socorro da aplicação do direito, nos casos de parcialidade aparente, mas não tipificada nas hipóteses legais¹⁹⁸.

Embora em Portugal o juiz não tenha o poder de se declarar voluntariamente suspeito¹⁹⁹, dessa forma decidindo acerca da parcialidade nessa hipótese, pode formular,

¹⁹³ LOPES, José António Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. p. 67.

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Estado de Direito**. p. 70-71 assevera: “Ninguém hoje admitiria discutir em um tribunal os seus direitos sem a garantia de um juiz legal, independente”.

¹⁹⁵ FRIEDE, Reis – **Vícios de capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista)**. p. 23.

¹⁹⁶ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juizes**, p. 131-132. TARUFFO, Michele – **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. p. 144, compartilha da ideia de que as hipóteses de abstenção e de recusa não são suficientes para garantir a imparcialidade do julgador. LOPES, José António Mouraz – *Op. cit.* p. 75, por sua vez, adverte que a expansão das hipóteses de suspeição pode macular, consequentemente, o princípio do juiz natural.

¹⁹⁷ A mesma previsão encontra-se no art. 36, 1, h, do Código de Processo Penal Italiano. CODICE di procedura penale. Articolo 36. [Em linha].

¹⁹⁸ Neste sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa – **Temas de Direito Processual: quarta série**. p. 72, registra o seguinte: “La técnica más difundida consiste en la enumeración taxativa de los supuestos, si bien que algunos ordenamientos prefieren adoptar una fórmula genérica, susceptible de abarcar la casi infinita variedad de la casuística”.

¹⁹⁹ Situação diversa da que ocorre nas hipóteses de impedimento, porquanto, conforme asseveram LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel – **Código de Processo Civil Anotado**. p. 261, o reconhecimento desta

munido de razões fundamentadas, o pedido de dispensa de intervenção em determinado processo. Assim, conforme previsto no artigo 119, “1”, do Código de Processo Civil, há uma cláusula geral de abertura na expressão “por outras circunstâncias poderosas”, que pode ser invocada pelo juiz.

Por sua vez, o artigo 120 do Código de Processo Civil permite às partes também opor a suspeição do juiz, quando em causa motivo sério e grave, hábil a gerar a desconfiança na imparcialidade daquele sujeito processual. Acerca do dispositivo, Lebre de Freitas e Isabel Alexandre anotam que o rol de hipóteses que segue anunciado naquele dispositivo legal tem natureza exemplificativa, apresentando-se, com a codificação em vigor, como uma cláusula geral que pode ser invocada pela parte arguente da suspeição do julgador, desde que qualificada como motivo “sério e grave”, capaz, assim, de gerar desconfiança quanto à imparcialidade do juiz, acalentando o reconhecimento da suspeição²⁰⁰.

Nessa linha de pensamento, não há como o legislador, no ato de confecção da norma jurídica processual, prever todos os casos de parcialidades, mormente quando elas decorrem de manifestações comportamentais, de possibilidades infinitas, tomando-se por base a pluralidade das relações humanas que envolvem as partes e o juiz, como bem compreendeu a supracitada previsão italiana.

Nicolò Trocker²⁰¹ sustenta – ao tratar dos princípios constitucionais do processo civil, em especial o *princípio do contraditório* – que muito mais importante do que a paridade formal de armas e a imparcialidade, apresenta-se a capacidade das partes de influenciar ativamente no resultado de um julgamento. Contudo, tal pensamento despreza o fato de que ninguém pode influenciar²⁰² aquele que já definiu uma construção antecipada sobre

espécie de parcialidade trata-se de um dever legal do juiz de se declarar por decisão “proferida no âmbito de um poder legal vinculado”.

²⁰⁰ LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel – *Op. cit.* p. 268.

²⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista – O contraditório nas ações sumárias. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. p. 215. Sobre o contraditório e os deveres que dele defluem para o julgador, verificar BOTELHO, Guilherme – Os poderes processuais do juiz em perspectiva comparada. **RePro**. p. 449, especialmente quando assinala, *verbis*: “No momento em que o contraditório, muito mais do que um direito à bilateralidade ou contramanifestação (entre partes) é um direito à participação efetiva no convencimento do julgador, traz-se, em consequência, o julgador como sujeito (do direito) do contraditório, sendo natural que a tal “nova” situação lhe traga também deveres, apontados originariamente por Miguel Teixeira de Souza na doutrina portuguesa”.

²⁰² LEAL, Stela Tannure – Prova relevante x “cognição suficiente”: da necessidade de reconstrução de conceitos em matéria probatória para emersão do contraditório como influência. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. p. 799, sobre o contraditório de influência, destaca: “Dentro deste panorama epistemológico é possível observar as reais dimensões do direito à prova, que deve ser visto como direito fundamental decorrente da garantia constitucionalizada do contraditório, de maneira a abranger o direito à admissibilidade da prova, sua produção e sua possibilidade real de influenciar o julgador (e mesmo a outra parte, quando se considera que o juiz não é o único destinatário da prova), devidamente explicitada de maneira racional no momento da valoração da mesma”.

determinados fatos, sendo de pouca utilidade, como será mais bem detalhado avante, tentar desconstruir e reconstruir uma versão mentalmente preconcebida, num panorama de enviesamento do juiz. Em outras palavras, não se pode falar em efetivo contraditório perante um julgador enviesado.

Inexistindo simetria no poder de influência das partes, a igualdade processual resta comprometida, porquanto aquela se traduz na igualdade de oportunidades, reconhecida na marcha processual, pois isso tem influência direta no resultado do pleito. A igualdade processual, assim, se traduz nas mesmas possibilidades e limitações oferecidas às partes²⁰³.

Com a pretensão de evitar aludido enviesamento, nota-se, por exemplo, que no sistema processual inglês, a ignorância do julgador quanto a fatos que seriam discutidos no *trial* e o impedimento quanto à possibilidade de produção de provas *ex officio* já foram associados à garantia de imparcialidade²⁰⁴. Em outras palavras, a ignorância apresenta-se assim como condição para que uma mente límpida possa assimilar, com isenção necessária, os argumentos que serão postos em duelo²⁰⁵.

Outro não foi o pensamento de John Rawls, quanto à associação da ignorância à imparcialidade, ao propor *Uma Teoria da Justiça*. Ali os homens, para realizarem escolhas sobre o modelo de sociedade que iriam constituir, deveriam estar sobre o véu da ignorância²⁰⁶, porquanto só assim, desconhecendo o lugar que ocupariam na sociedade futura, fariam escolhas

²⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa – **Temas de Direito Processual: quarta série**. p. 70. COUTURE, Eduardo J. – **Fundamentos del derecho procesal civil**. p. 42, define o processo judicial como uma relação jurídica, que se desenvolve sobre o método que possibilita igualdade de atuação entre ambas as partes, como garantia de uma decisão justa, capaz de construir a coisa julgada.

²⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa – Reflexões Sobre a Imparcialidade do Juiz. **Carta mensal**. p. 44. Quanto à impossibilidade de iniciativa probatória por parte do julgador, esta premissa se encontra revisada, mormente a partir dos anos 90, com o *Civil Producere Rules*. CALMON DE PASSOS, J. J. – **Ensaio e artigos**. p. 441, comentando acerca da ignorância primordial do julgador, que: “O juiz, em primeiro lugar, é aquele que sabe nada dos fatos, e que, por isso mesmo, devem as partes – e o próprio juiz tem uma parcela de poder para se tornar conhecedor dos fatos, produzir a prova, a instrução probatória”.

²⁰⁵ OVÍDIO, Batista – **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. p. 45, na linha do afastamento social do juiz, rememora, no Brasil Colônia de Portugal, os termos do Alvará de 22 de novembro de 1610, pelo qual a Coroa Portuguesa ordenava que os desembargadores deveriam residir em residências próximas umas das outras, longe, contudo, do convívio social com as demais pessoas, estando ali, ainda, expressamente proibido que eles contraíssem casamento com “moças do Brasil”. Por tais regras, buscava-se a criação de um vácuo social, capaz de protegê-los de pressões de qualquer ordem, sejam familiares ou em decorrência de relações de amizade, por exemplo.

²⁰⁶ RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**. p. 151, assinala que só a ignorância, na posição inicial de construção de uma sociedade, é capaz de garantir a escolha do que é justo, evitando-se que uma geração, por exemplo, seja capaz de optar em causa própria, em detrimento do bem maior das demais. Nas palavras do autor: “O véu de ignorância possibilita a escolha unânime de uma concepção particular de justiça”.

justas e desinteressadas, num procedimento equitativo, sendo tal justiça procedimental capaz de anular contingências específicas de cada um dos sujeitos em processo de escolha²⁰⁷.

Destarte, o aspeto psíquico do julgador, ainda que deva ser tratado à luz de elementos objetivos de exame, merece sim atenção do regramento legal, nomeadamente quanto às causas capazes de gerar parcialidade ou, ainda, de abalar a aparência de imparcialidade, questões que embora já apresentem algum tratamento na legislação processual²⁰⁸, não se exaurem nas hipóteses previstas na norma positivada.

Assim, em uma tentativa de se construir uma definição possível de imparcialidade, pode-se agora dizer, de forma mais completa, que os jurisdicionados devem ter a garantia de que serão julgados por um terceiro desvestido de causas de impedimento e de suspeição, trilhando um procedimento que se preocupa em garantir a igualdade de oportunidades de formulações e de exame de versões em antagonismo. Para isso, preocupa tudo aquilo que gere risco de audição assimétrica dos discursos em litígio.

Registre-se, nesse passo, que não se trata de defender uma absolutização da imparcialidade²⁰⁹, mesmo se reconhecendo que ela é garantia processual indiscutivelmente reservada aos litigantes e elemento integrante do plexo de direitos fundamentais voltados ao devido processo legal. Até porque a relativização dessa categoria de direitos é atualmente afirmada pela doutrina jurídica, e assim deve ser tratada²¹⁰, quando ocorrer hipóteses de colisões entre eles.

Nesse passo, não se pode descuidar da advertência de Passo Cabral²¹¹, quando sustenta que a imparcialidade, ainda que situada no *princípio do devido processo legal* ou integrante da estrutura do *juiz natural*, é cláusula do próprio Estado de Direito, que exige decisões decorrentes do império da lei, repugnando decisionismos, parcialidades e

²⁰⁷ RICOUEUR, Paul – **O justo 1**. p. 71-73.

²⁰⁸ Como exemplo de tal preocupação, pode-se verificar o art. 144, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, ou artigo 115.º, “e”, do Código de Processo Civil português, ou artigo 51, 4, do Código de Processo Civil Italiano. Todas elas tratam daquilo que a doutrina especializada denomina de *confirmation bias*. Neste sentido, MEDINA, José Miguel Garcia – **Novo Código de Processo Civil**. p. 395-396.

²⁰⁹ CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva – **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais**. p. 81, assinala que a imparcialidade plena é algo impossível de ser alcançado, apresentando-se como “um mito que deve ser relativizado”, nomeadamente considerando a natureza humana do julgador, pessoa constituída de valores definidos por sua origem, formação e cultura.

²¹⁰ SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juiz**. p. 72, adverte que: “O Comitê dos Direitos do Homem já se pronunciou para afirmar que a imparcialidade do julgador é um direito absoluto. Contudo, a afirmação, modernamente, encontra resistência de teoria da relativização dos direitos, podendo-se observar colisão entre a imparcialidade e a igualdade, exemplo”.

²¹¹ CABRAL, Antonio – Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**. p. 343.

personalidades²¹². Assim, como destaca Eduardo Couture²¹³, é garantia mínima da jurisdição a possibilidade das partes de afastar do processo, pelo instrumento da recusa, o juiz inadequado. Embora as partes não tenham o direito adquirido ao juiz sábio, elas detêm direito adquirido ao juiz adjetivado pela independência, pela autoridade e pela responsabilidade.

Por tudo isso, abre-se a possibilidade de o cidadão discutir a parcialidade do julgador, eis que essa questão envolve a própria higidez do julgado, cabendo ao sistema processual conduzir a uma resposta racional para tal discussão, formulada em bases de coerência científica, essas formuladas em respeito ao conhecimento acerca dos mecanismos de cognição humana, dentre outros.

No próximo ponto deste trabalho, dar-se-á especial atenção às lições atuais da psicologia da cognição acerca das fórmulas adotadas pela mente humana para desenvolver o procedimento de tomada de decisões, bem como se dá o processo de construção de trilhas de enviesamento psicológico, especialmente considerando o quanto isso direciona, confunde e impõe barreiras ao correto labor do juiz, enquanto pessoa encarregada de admitir e valorar a prova, tomando, por fim, uma decisão.

2.2. O enviesamento psíquico do julgador como fator de comprometimento da imparcialidade do juiz

Os estudos da moral e do Direito distinguem os dois sítios da axiologia, atribuindo àquela o exame da intenção, com a qual o descumprimento dos seus postulados não chega a ensejar direitos subjetivos. Por outro lado, o Direito labora sobre comportamentos exteriorizados, em um sinalagma de direitos e obrigações, estes passíveis de sanção pelo Poder

²¹² Sobre a natureza de princípio ou de regra, quanto ao conceito de imparcialidade, verificar em COSTA, Patrícia Helena – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais**. p. 195-196, para quem ela funciona como uma regra, considerando a “lógica do tudo ou nada”. ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In DIDIER JR., Fredie, Coord. – **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. p. 360, atribui ao “devido processo legal procedimental” a natureza de princípio, porquanto apresenta-se como um ideal, sem indicar comportamentos para a sua realização. Já o “juiz natural imparcial” apresenta-se como regra, capaz de implementar aquela proteção, prevista no aludido princípio. Com tal conclusão, adere COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. p. 196. Por sua vez, LOPES, José Antônio Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. p. 66, reconhece nela um “sentido globalizante” e essencial ao processo, a quem atribui a qualidade de princípio. MOREIRA, José Carlos Barbosa – Reflexões Sobre a Imparcialidade do Juiz. **Carta mensal**. p. 13, aponta para a doutrina que a define como “requisito essencial da jurisdicionalidade”.

²¹³ COUTURE, Eduardo J. – **Fundamentos del derecho procesal civil**. p. 41-42.

Estatal²¹⁴. Nessa trilha, nem sempre aquilo que é eleito como padrão ético realiza os fins preconizados pelo Direito, que segue prescrições normativas estatais²¹⁵.

Se é verdade que a imparcialidade foi compreendida pela doutrina do devido processo legal como algo a ser perseguido pelo legislativo, no campo do estudo do Direito, capaz de construir os atributos de excelência do julgador, ela merece um tratamento conjugado com a atualidade do cenário científico acerca de tudo aquilo que patrocina aquele predicado, aí incluído o exame do que esteja à disposição da ciência da cognição, quanto às interferências indevidas que o procedimento pode ensejar no estado mental do julgador, porquanto não se admite apenas a imparcialidade como uma percepção de igualdade ideal e formal dos litigantes, mas também como algo que deve contemplar efetiva equidistância entre os contendores, capaz de sustentar a confiança dos tribunais em uma sociedade verdadeiramente democrática²¹⁶.

Não parece mais possível, como outrora sugerido por alguns processualistas²¹⁷, uma legitimação do exercício da atividade jurisdicional estritamente considerando os termos e o exame lógico-rationais da fundamentação da decisão judicial, como sinônima de garantia suficiente para a verificação da correção do julgamento, apoiando-se na ideia de que não se poderia descortinar a intimidade subjetiva daquele ato, para além do exame do raciocínio judicial²¹⁸ desprendido e manifesto nas razões de decidir.

É fato que desde a discussão irrigada a partir de René Descartes, acerca da separação entre mente e matéria, os conhecimentos na área das operações mentais delegaram à psicologia o exame da introspecção, enquanto o processo referente aos corpos cerebrais estava relacionado à fisiologia²¹⁹.

²¹⁴ PERELMAN, Chaïm – **Ética e direito**. p. 298-299.

²¹⁵ PERELMAN, Chaïm – **Op. cit.** p. 303, explica, *verbis*: “Com efeito, a importância especial concedida em direito à segurança jurídica explica o papel específico do legislador e do juiz, tão oposto à autonomia da consciência que caracteriza a moral”.

²¹⁶ BARRETO, Ireneu Cabral – **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada**. p. 155.

²¹⁷ CALAMANDREI, Piero – **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. p. 143.

²¹⁸ Aqui considerado no sentido proposto por TARUFFO, Michele – **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. p. 105-107, como processo racional formulado pelo juiz para atingir uma conclusão acerca dos fatos e provas discutidos nos autos, que vai muito além da mera justificação exposta na decisão.

²¹⁹ POSNER, Michael – **Cognição**. p. 10, cita, por exemplo, a divergência entre Wundt e Brentano, assim sintetizando a discussão: “Wundt, por exemplo, afirmou que a introspecção poderia revelar as estruturas ou elementos que compunham a consciência, mas que os processos pelos quais essas estruturas se combinavam não eram preservados na consciência, sendo, portanto, uma parte da fisiologia. Do lado oposto, Brentano sustentou que apenas esses processos ou atos mentais eram conscientes, sendo, pois, parte da fisiologia”.

Em fase mais madura, porém, os processos mentais – como destaca Ramos Salgretti²²⁰, tomando por base a *Doutrina Psicanalítica* de Freud – elegeram o inconsciente, e não a consciência, como o fio condutor dos comportamentos humanos. Foi também a psicanálise quem buscou demonstrar que os processos inconscientes são responsáveis pela “gama total de complexidade das operações cognitivas acessíveis à consciência”²²¹.

Na linha dos estudos de António Damásio²²², a neurociência assevera a importância que deve ser dada a processos mentais não conscientes e a capacidade que esses sons, aparentemente inaudíveis à modelação do agir humano, podem interferir no ritmo dos comportamentos e escolhas adotadas por alguém.

David Eagleman, depois de ressaltar que a maior parte de nossas atitudes não são controladas conscientemente²²³, também reconhece que o cérebro humano funciona de forma autônoma, restando à mente consciente uma restrita elaboração acerca da “fábrica gigantesca e misteriosa que funciona por baixo dela”²²⁴.

Portanto, isso não pode ser desprezado quando da estruturação do procedimento judicial, de vez que ele deve atentar para uma sucessão de atos estruturados, visando legitimar a tomada de decisão, em ambiente dialógico que objetive proporcionar a máxima aproximação da igualdade de atividades, de influência e de oportunidade, em favor das partes. Como notado por Barbosa Moreira²²⁵, a legitimidade do processo, instrumento da jurisdição para a solução de conflitos, depende essencialmente da possibilidade que os litigantes creem de poder ter sucesso quanto à pretensão deduzida em juízo, com igualdade inclusive de riscos.

Assim, o prumo para a construção do procedimento, nesses termos, não passa por um exame da intenção do julgador, numa investigação introspectiva de cada juiz ou por exame moral de suas escolhas, mas exige que não sejam desprezadas as apreensões científicas, além da órbita estrita do Direito, o que reclama também olhar para o estudo do processo de cognição.

²²⁰ SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos – A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. *Revista brasileira de ciências criminais*. p. 214.

²²¹ POSNER, Michael – *Cognição*. p. 11.

²²² DAMÁSIO, António R. – *E o cérebro criou o homem*. p. 98.

²²³ EAGLEMAN, David – *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. p. 12.

²²⁴ EAGLEMAN, David – *Op. cit.* p. 13. “Quase tudo o que acontece em nossa vida mental não está sob nosso controle consciente e a verdade é que é melhor assim. A consciência pode levar o crédito que quiser, mas é melhor que fique à margem na maioria das decisões acionadas pelo cérebro”.

²²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa – *Temas de Direito Processual: quarta série*. p. 68.

Destarte, com a estrita pretensão de ilustrar tais estudos, para embasar futura discussão sobre a incompatibilidade do julgador com a função de dirigir atos de autocomposição judicial, urge, inicialmente, apresentar as construções científicas de Keith Stanovich e Richard West, especialmente quando estruturam, didaticamente, o pensar em dois sistemas²²⁶.

O Sistema 1, que funciona de forma automática, capaz de reagir com agilidade, sem necessidade de esforço, opera desprovido de qualquer controle voluntário e perceptivo. Ainda que seja capaz de gerar padrões de ideias, fontes de impressões e sensações, é o Sistema 2, aquele quem empresta atenção mental a atividades complexas e se acha dotado de capacidade para realizar escolhas com concentração. Também é este último quem pode construir pensamentos ordenados e, dessa forma, dominar os impulsos do Sistema 1²²⁷.

Na interação entre os dois sistemas, o Sistema 1 fornece ao Sistema 2 impulsos, sentimentos, impressões e intuições. Se eles são admitidos pelo Sistema 2, as impressões e as intuições tornam-se crenças, enquanto impulsos são convertidos em ações voluntárias. Em síntese, o Sistema 2 é alimentado por sugestões do Sistema 1, tendo o primeiro a missão de ser o catalisador com habilidade de repelir percepções enviesadas – decorrentes da atuação do sistema produtor de ilusões cognitivas, qual seja, o Sistema 1.

Contudo, tais ilusões cognitivas são frequentemente indomadas, especialmente porque o Sistema 1 não pode ser desligado²²⁸, tendo ação ininterrupta na formação dos comportamentos humanos.

Como explica Daniel Kahneman²²⁹, o Sistema 1 tem tendência a acreditar imeditamente em sentenças que lhe são apresentas, sendo do campo de habilidades do Sistema 2 – este mais lento e até preguiçoso – o papel de questionar as crenças imediatas. Diferentemente de regras científicas, que sugerem que as hipóteses só servem se forem testadas,

²²⁶ FREITAS, Juarez – A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*. p. 277, faz importante advertência acerca do modelo cognitivo, ora em exame, porquanto a distinção didática apresentada por Daniel Kahneman não pode representar um retorno ao dualismo cartesiano, baseado no “localizimismo” dos sistemas de composição do pensamento, muito menos pode ser compreendido como uma separação entre razão e emoção.

²²⁷ KAHNEMAN, Daniel – **Rápido e devagar**. p. 29. Num exemplo didático do autor, destaca que o Sistema 1 é capaz de responder a uma conta simples de matemática (2+2), enquanto o Sistema 2 é capaz de “contar as ocorrências da letra *a* numa página de um texto”. (p. 30- 31).

²²⁸ KAHNEMAN, Daniel – *Op. cit.* p. 38. Nas palavras do autor, quanto à imperfeição do filtro exercido pelo Sistema 2: “Os vieses nem sempre podem ser evitados, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro”.

²²⁹ KAHNEMAN, Daniel – *Op. cit.* p. 106.

o Sistema 1 tem enviesamento pela confirmação, buscando elementos para admitir e repelindo aquilo que pode ameaçar as versões conhecidas, acarretando a aceitação acrítica das possibilidades apresentadas.

Referindo-se aos sistemas supracitados, David Eagleman²³⁰ destaca um elemento essencial nas escolhas testadas pelos dois sistemas, que é justamente a emoção, o ponto de desequilíbrio em tal disputa pela hegemonia da via comportamental, nomeadamente quando repudia a sensação de mal-estar psíquico²³¹. Nesses termos, a harmonia é buscada, ainda que construída por artifícios capazes de implementar conclusões errôneas.

Em tal senda, Juarez Freitas²³² explica e sintetiza sete formas de enviesamentos que promovem desvios cognitivos, comprometedores do funcionamento mental isento, em trabalho atento ao exame da interpretação jurídica e, de igual modo, perfeitamente aplicável ao raciocínio judicial²³³ realizado pelo julgador. Das espécies, quatro delas mantêm estreitos pontos de discussões com as questões relevantes deste trabalho.

O primeiro deles, o *viés de confirmação*, envolve a predisposição pela busca de elementos que confirmem “as crenças e impressões preliminares”²³⁴, com o natural afastamento do sistema reflexivo. No âmbito do processo judicial, isso enaltece posições

²³⁰ EAGLEMAN, David – **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. p. 126.

²³¹ Nas palavras do autor, EAGLEMAN, David – *Op. cit.* p. 126, assevera: “Se eu me sinto mal, então de ser errado”. E completa (p.127): “As redes emocional e racional batalham não só nas decisões morais imediatas, mas em outra situação conhecida: como nos comportamos no tempo”.

²³² FREITAS, Juarez – A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da Ajuris**. p. 233-236, assim as relacionam: (1) o viés da confirmação; (2) o viés da falsa coerência; (3) o viés de aversão à perda; (4) o viés do “status quo”; (5) o viés do enquadramento; (6) o viés do otimismo excessivo e (7) o viés do presente (present-biased preferences).

²³³ O termo aqui deve ser lido na forma definida por TARUFFO, Michele – **A prova**. p. 130-131, como análise da dinâmica mental do julgador, afeto ao estudo da psicologia.

²³⁴ FREITAS, Juarez – *Op. cit.* p. 233-233. ARANGUREN, Arturo Muñoz – La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. **Revista Para El Análise Del Derecho** [Em linha]. p. 08, assinala a distinção entre tal enviesamento e os efeitos de confirmação comportamental: “El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo. Estos sesgos en el procesamiento de la información son diferentes a los efectos de confirmación de comportamiento (lo que se conoce como profecía autocumplida), en los que las expectativas de una persona influyen en su propia conducta (MERTON, 1968).” Sobre a profecía autorrealizável, MERTON, Robert King – **Social Theory and Social Structure**. p. 477, assim explica: “The self-fulfilling prophecy is, in the beginning, a false definition of the situation evoking a new behavior which makes the originally false conception come true. The specious validity of the self-fulfilling prophecy perpetuates a reign of error. For the prophet will cite the actual course of events as proof that he was right from the very beginning. (Yet we know that Millingville’s bank was solvent, that it would have survived for many years had not the misleading rumor created the very conditions of its own fulfillment.) Such are the perversities of social logic”.

iniciais, dirigindo a atenção do julgador para tudo aquilo que respalda informações de largada²³⁵.

Além disso, o *vies de falsa coerência* revela-se como o comportamento de negar e suprir artificialmente dúvidas, gerando posturas compatibilidades entre informações dissonantes²³⁶, de vez que o ser humano tem comportamento repulsivo contra tudo aquilo que gere contradições de ideias.

Em decorrência do processo evolutivo, a ameaça de exclusão social é capaz de forjar o *viés de aversão à perda*, como ânsia pelo conservadorismo de ideias e inata tendência a aderir ao pensamento majoritário²³⁷. Próximo a isso, encontra-se o *viés do status quo*, que o autor apresenta como manutenção de disfuncionalidades e anacronismos, em decorrência de escolhas passadas²³⁸.

Esse conjunto de constatações serve para alertar sobre a impregnação irreparável que o conhecimento de determinados fatos acarreta ao psiquismo do julgador, como uma gota de tinta que muda completamente a tonalidade de uma cor, revelando-se como uma verdadeira ficção o processo de descontaminação psíquica daquele sujeito processual exposto a determinados fatos e atos processuais maculados.

Não bastasse essa tendência que o ser humano detém de agir baseado em enviesamentos do pensar, a correção de tais rumos não se mostra singela, porquanto muito daquilo que sequer foi elaborado de forma consciente e que ora transita pelos corredores escuros da inconsciência é capaz de influenciar o pensar e o agir de alguém²³⁹. Some-se a isso o fato de que, no âmbito dos processos mentais, não é possível realizar uma operação de “deletar”

²³⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**, após aduzir que as primeiras impressões têm um peso incomensurável, prejudicando a valoração de provas e desprezando os argumentos que não respaldam as posições iniciais (p. 156), assinala, ainda, que: “O viés de confirmação pode afetar os juízes quando avaliam as provas que lhes são (*sic*) apresentados” (p.158).

²³⁶ FREITAS, Juarez – A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da Ajuris**. p. 233-233.

²³⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca – *Op. cit.* p. 162, destaca que: “Na ciência psicológica, esse fenômeno se chama de identificação social. Uma das manifestações mais estudadas dessa identificação é o viés de grupo: o tratamento preferencial que os membros de um grupo dão ao sujeito que a ele pertence”.

²³⁸ FREITAS, Juarez – *Op. cit.* p. 233-234.

²³⁹ DAMÁSIO, António R. – **E o cérebro criou o homem**. p. 98. Nas palavras do autor: “Um rico processo mental relacionado ao raciocínio e ao pensamento criativo pode ocorrer enquanto estamos conscientes de outra coisa”.

determinada informação, depois que esta foi eleita como indesejada, designadamente porque todas as informações cerebrais estão fortemente conectadas²⁴⁰.

A repercussão do *viés de confirmação* proporciona a *ancoragem*. Por conta dela, estima-se a influência de valores inicialmente apresentados para juízos consequentes²⁴¹, fenômeno capaz de ser mensurado em experimentos, com boa precisão de respostas²⁴² e com repercussões importantes nos procedimentos judiciais. Isso tem revelado a necessidade de revisão de alguns mitos processuais. Como por exemplo, coloca em xeque a consideração de que é um *favor rei* à defesa falar por último em processos penais. Em verdade, estudos produzidos por Birte English²⁴³ têm demonstrado que a introdução do julgamento pela acusação produz *efeito de ancoragem* no julgador, acarretando real desvantagem para a defesa.

Nesse passo, considerar conceitos como *ancoragem*, quando do disciplinamento dos ritos procedimentais, é exigência da coerência científica, especialmente quando se pretende agir atento à modelação de um processo justo. Isso porque pesquisas que aproximam a psicologia da cognição dos testes sobre a idoneidade de estruturas processuais, como as desenvolvidas por Bernd Schünemann²⁴⁴, a partir das premissas estabelecidas pelo psicólogo nova-iorquino Leon Festinger, especialmente atento à *teoria da dissonância cognitiva*²⁴⁵, muito tem contribuído para a demonstração da real inefetividade de produções legislativas, ainda que

²⁴⁰ WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. – Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. **Cornell Law Faculty Publications** [Em linha]. p. 1264. No original, consta assim: “The brain does not store information in isolated units, but in a connected whole”.

²⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. p. 145-146. ARANGUREN, Arturo Muñoz – La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. **Revista Para El Análise Del Derecho** [Em linha]. p. 05, destaca, na mesma linha: “De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre al análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado”.

²⁴² KAHNEMAN, Daniel – **Rápido e devagar**. p. 157.

²⁴³ ENGLISH, Birte – Blind or Biased? Justitia’s Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations. **Law & Policy**. p. 509, faz a seguinte indagação: “Therefore, one may ask about the extent to which the defense would be able to counterbalance the anchoring effect of the prosecutor by presenting strong defense arguments”.

²⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 208.

²⁴⁵ Por rigor e lisura científica, anote-se a necessidade de se consignar que a teoria da dissonância cognitiva sofre também críticas, como aponta RITTER, Ruiz Daniel Herlin – **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva** [Em linha]. p.128, que assim sumariza os ataques formulados acerca das limitações a ela impostas: “Direto ao ponto, as objeções da teoria em questão por alguns doutrinadores fundamentam-se, em síntese, em três supostas limitações, traduzidas na vagueza dos conceitos propostos, na excessiva utilização de generalizações e no escasso rigor metodológico das pesquisas experimentais, além da falta de formalismo em sentido estrito, que leva Zajonc a afirmar que “[...] a teoria da dissonância não é uma teoria no sentido estritamente formal da palavra”.

desenvolvidas com a intensão de construir ritos capazes de atingir os objetivos perseguido por um processo legal equitativo.

Conforme explica Leon Festinger²⁴⁶, dois elementos que cultivem relação de relevância entre si são considerados dissonantes, quando não se apresentam ajustados em comparações recíprocas²⁴⁷. Em estado de dissonância, assim como o impulso ou o comportamento adotado para eliminação de necessidade fisiológica, quanto maior for a magnitude da desconformidade, maior será a necessidade de reduzi-la²⁴⁸.

Na jornada para eliminar a dissonância, ou se altera o processo cognitivo, ou se lança mão de um terceiro elemento mediador do conflito, como, por exemplo, se mostraria a formulação de uma opinião crítica, capaz de abalar a credibilidade de uma pesquisa científica acerca dos malefícios do uso de tabaco, em relação à pessoa, de postura negacionista, porquanto viciada em cigarro²⁴⁹. Com o desiderato de reduzir ou até eliminar a dissonância, o indivíduo busca, em agir marcado pela seletividade, informações que embasem as vias capazes de promover a ação de se desvencilhar da desconformidade informativa, buscando novos elementos cognitivos²⁵⁰.

Partindo de tais estudos, Bernd Schünemann²⁵¹ reafirma que toda pessoa tende a buscar um equilíbrio cognitivo e superar contradições, bem como conclui que disso decorrem dois efeitos: a *inércia* e a *perseverança*. Assim, na aplicação judicial de tais fenômenos, o autor demonstrou que o juiz, quando da instrução probatória do feito, irá apegar-se a tudo aquilo que confirme as primeiras imagens dos fatos investigados, superestimando as informações consonantes e desprezando aquelas que promovam a dissonância.

Aplicando isso ao processo judicial, o autor foi capaz de constatar, em experimentos que envolviam instruções processuais simuladas, que aquelas pessoas que tiveram acesso prévio ao conteúdo da investigação preliminar, apresentaram mais dificuldades

²⁴⁶ FESTINGER, Leon – **A Theory of Cognitive dissonance**. p. 12-13.

²⁴⁷ FESTINGER, Leon – *Op. cit.* p. 13, nas palavras do autor: “To state it a bit more formally, X and y are dissonant if not-x follows from y”. Na sequência, ilustra a ideia com o exemplo de uma pessoa, afogada em dívidas, que resolve comprar um carro novo. Tais dados fáticos apresentam-se em franca dissonância.

²⁴⁸ FESTINGER, Leon – *Op. cit.* p. 18.

²⁴⁹ FESTINGER, Leon – *Op. cit.* p. 21-22.

²⁵⁰ FESTINGER, Leon – *Op. cit.* p. 29-30. E assim ilustra, p. 30: “A person would initiate discussion with someone he thought would agree with the new cognitive element but would avoid discussion with someone who might agree with the element that he was trying to change”.

²⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In GRECO, Luís, Coord. – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 208.

de assimilar as formulações defensivas (por *inércia*), nomeadamente por desenvolverem vieses confirmatórios, bem assim apresentaram-se mais desatentas quanto às formulações de indagações às testemunhas, mormente quanto às perguntas que criavam embaraços às versões já preconcebidas (por *perseverança*)²⁵².

Em pesquisa realizada na Alemanha, Birte Englich²⁵³ demonstrou o quanto o *efeito de ancoragem* influência nas conclusões de um julgador. No caso, estava em jogo a ordem de apresentação de alegações finais e o que isso era capaz de influenciar na fixação da pena. O experimento demonstrou que a pena era maior quando a acusação se manifestava em primeiro lugar, bem como diminuía quando a defesa falava antes. Outro dado impactante, revelado daquele experimento, foi justamente mostrar que o grau de experiência profissional dos participantes em nada alterava o resultado daquelas conclusões, salvo o fato dos mais experientes terem-se mostrado mais confiantes quanto às conclusões que adotavam²⁵⁴.

Portanto, a ordem como o quebra-cabeça de atos processuais é montada deve render sinceras preocupações em minorar os prejuízos que tal elaboração pode causar à construção mental do julgador, não podendo ser traçada de modo que fique à margem e indiferente à discussão que a psicologia da cognição tem proporcionado, especialmente considerando que sequer o processo de distorção mental cominado pode sofrer depurações pela mente consciente do sujeito afetado. Ou seja, a distorção cognitiva é efeito daninho irreversível.

Nesse passo, o recrutamento do julgador, como sujeito processual que deve ser imerso no ambiente das discussões em sessões conciliatórias, assim apresentado no cenário processual civil português, é questão que precisa ser apresentada à discussão em contraste com a garantia da imparcialidade do julgador, em exame que nada exige aferir a intencionalidade idiossincrática de cada juiz, em cada julgamento, mas merece abordagem considerando todo os aspetos que os experimentos acima mencionados foram capazes de iluminar.

Tudo isso enseja questionamentos sobre o possível concerto entre o imperativo da imparcialidade do julgador com o desempenho, pelo mesmo sujeito processual, da função de

²⁵² SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In GRECO, Luís, Coord. – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 208.

²⁵³ ENGLISH, Birte – Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations. **Law & Policy**. p. 507-508.

²⁵⁴ ENGLISH, Birte – *Op. cit.* p. 508, assim sintetiza: "There was only one significant difference between experienced and inexperienced legal professionals: experts in criminal law felt much more confident about their judgments. However, the certainty that was experienced by the judges proved to be completely unrelated to their susceptibility to bias".

conciliador, como previsto pelo legislador processual português, por exemplo, no artigo 594 do Código de Processo Civil.

Uma vez que se conclua que a sessão autocompositiva detenha o potencial de infligir vieses que possam obnubilar o regular guia mental de comportamento do juiz, parece que a função de conciliar e a de dizer o direito de forma imperativa não podem ser acumuladas pelo mesmo sujeito processual, problema que será adiante discutido.

Assim, o próximo capítulo cuidará, alimentado por todas as discussões até aqui travadas, de arrematar se a imparcialidade judicial e a conciliação judicial, no modelo português, são elementos que se antagonizam, visto que a sessão que tem por finalidade produzir a saída autocompositiva da lide também pode ser capaz de produzir enviesamento psíquico no julgador. Por fim, tratará de apurar como aquela mácula psicológica pode ser enfrentada, à luz das lições processuais inerentes à questão do novo julgamento quando do diagnóstico da prova ilícita.

3. A CONCILIAÇÃO JUDICIAL E OS PREJUÍZOS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Como será finalmente examinado neste capítulo, a cumulação das funções de conciliar e julgar parece revelar-se como fonte produtora de irremediável hipótese de enviesamento do julgador.

Para tanto, faz-se necessário precisar o papel desempenhado pelo juiz, nas vestes de conciliador, tendo em conta as características da sessão autocompositiva, na forma regulada pelo Código de Processo Civil português.

A partir disso, é necessário responder à seguinte indagação:

O juiz, ao presidir e assim presenciar a sessão autocompositiva, é capaz de construir incorrigivelmente uma preconceção dos fatos e das circunstâncias, que depois, em sede de instrução, poderá ser empecilho ao exame escoreito do feito, causando fissura na regularidade processual?

Aquele testemunho das negociações das partes parece deter evidente potencial de obscurecer a visão isenta futura do julgador, especialmente quando ali tem o dever de adotar um agir proativo. Não bastasse, o juiz pode revelar-se um inibidor da efetividade do ato, quando intimida as partes e assim impede a abertura necessária à construção de livre acordo.

Portanto, a confidencialidade – exigida nas tratativas da mediação – pode apresentar-se como ingrediente de aplicação necessária também na conciliação, seja para garantir efetividade ao procedimento autocompositivo, seja para preservar a imparcialidade do julgador.

A contaminação psíquica do julgador parece não ser questão que se possa desprezar, especialmente considerando as conclusões apontadas pelos conhecimentos modernos acerca dos processos de cognição, examinados no capítulo anterior, revelando-se, ainda, como uma questão de proximidade entre as razões concernentes às soluções aplicadas ao enfrentamento da prova ilícita e a forma como a *teoria da descontaminação do julgamento* preconiza o rejuízo da causa.

3.1. A atividade de conciliador judicial e o enviesamento do julgador

A confiança, especialmente a proteção de expectativas, é função essencial do Direito. Nesta trilha, Mota Pinto²⁵⁵ considera que a confiança é quem possibilita, numa ordem jurídica, a “redução de complexidade”, tendo em consideração a *teoria dos sistemas*, de Niklas Luhmann, e o propósito deste pensamento descritivo do fato social. Assim, para este último autor, os sistemas – dentre os quais se inclui o Direito – apresentam-se em relação de complexidade com o mundo²⁵⁶. Com o fim de reduzir a complexidade e visando ao aumento do desempenho, os sistemas buscam a seleção de comportamentos²⁵⁷.

Nesta senda, Maurício Adeodato²⁵⁸ sustenta que são as diversas interações entre os sistemas sociais quem promovem a legitimação capaz de proporcionar a aceitação de uma decisão judicial, sendo o procedimento o mecanismo capaz de selecionar as alternativas de condutas que patrocina a redução da “complexidade do mundo circundante”. Destaca, ainda, que a imparcialidade é uma característica exigida para a preservação do sistema judicial, porquanto é aquilo que torna legítima a atividade do julgador, imunizando-o de influências pessoais e emocionais indesejadas, especialmente para que se garanta a distinção, pelo observador superficial, de papéis desempenhados dentro de cada subsistema pensado por Luhmann.

Noutro giro, como ressaltado por Barbosa Moreira, um processo socialmente efetivo pode ser assim enxergado caso seja capaz de “veicular aspirações da sociedade como um todo”²⁵⁹, isso desde que tais aspirações possam ser efetivadas pelo sistema de justiça. Mas

²⁵⁵ PINTO, Paulo Mota – A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”. In RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira, Coord. – **O Tribunal Constitucional e a crise : ensaios críticos**. p. 136 registra que “o Direito seria funcionalmente uma forma de generalização congruente de expectativas na vertente social”.

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas – **Legitimação pelo procedimento**. p. 39. Já para SILVA, Paula Costa e. – **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. p. 98, que não acolhe ao conceito de Niklas Luhmann, este último, segundo ela, enxerga o processo com a função de “entorpecer a belicosidade dos sujeitos” em litígio, como forma de legitimar pacificações, sem preocupação no litígio descrito e provado. Diante de tal constatação, a autora sustenta que tal forma de pensar o processo, como o mero legitimador de resultados, desconectando a tutela jurisdicional da solução de litígios individuais, acaba com a verdadeira função a ele delegada, qual seja, de substituir a justiça privada.

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas – *Op. cit.* p. 40.

²⁵⁸ ADEODATO, João Maurício – **Ética & Retórica**. p. 120. Sobre a imparcialidade de a complexidade no pensamento de Luhmann, CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. p. 298, registra o seguinte: “A imparcialidade é a categoria criada e reproduzida pelo próprio sistema jurídico como resposta à complexidade das questões constitucionais sem o recurso à uma razão transcendental tidas como *essencial* do direito”.

²⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa – **Temas de direito processual: oitava série**. p. 15. Mas o autor deixa bem claro que não está fazendo uma pregação utópica do processo, como via suficiente para promover uma sociedade mais justa, porquanto isso exige toda a reforma do prédio jurídico, especialmente “no plano do direito material” (p. 16).

não é só, o processo judicial socialmente adequado deve permitir que os cidadãos, aqueles menos providos de condições econômicas, políticas e culturais, possam, em pé de igualdade, disputar interesses em face dos afortunados daquelas condições.

Portanto, não se pode falar em igualdade sequer formal em um ambiente processual que não cultive a imparcialidade do agente público, o sujeito maior da máquina de distribuição de justiça, pois, de outro modo, ela será apenas uma reprodutora mecânica da desigualdade material evidente nas sociedades contemporâneas e escancarada pela concentração de riquezas.

Por sua vez, a confiança está na base da ordem constitucional, eis que mantém vivo o propósito do Estado de respeitar compromissos assumidos nas normas constitucionais, especialmente o de cumprir regras e assegurar garantias, como o devido processo legal, do qual decorre o direito a um julgamento justo. Neste sentido, o TEDH exige um padrão de aparência pública de imparcialidade dos tribunais, capaz de inspirar a confiança nos órgãos de julgamento de um Estado²⁶⁰.

Para tanto, é papel do legislador, reconhecendo uma gama de desigualdades inerentes aos contendores, proceder com a construção de normas que estabeleçam meios neutralizadores dos desequilíbrios entre os diversos litigantes, inclusive atento às assimetrias de ordem econômica em sentido estrito, tudo isso com a finalidade de proporcionar algum grau de paridade às partes em situações de desigualdades²⁶¹.

Se é certo que a desigualdade material entre os litigantes não pode jamais ser eliminada, Barbosa Moreira adverte que isso também não pode ser reconhecido como uma autorização para uma “perversa desfiguración” da função judicial²⁶².

Quanto aos compromissos que a ordem jurídica justa deve acalentar, encontra-se inscrito precisamente no artigo 13.º, da Constituição da República Portuguesa, o *princípio da igualdade*, vinculante em face de todos os poderes estatais²⁶³. Nele se concertam múltiplas

²⁶⁰ OAKES, Anne Richardson; DAVIES, Haydn – Justice must be seen to be done: a contextual reappraisal. **Adel Law Rev** [Em linha]. p. 476.

²⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa – **Temas de Direito Processual: quarta série**. p. 74.

²⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa – *Op. cit.* p. 79.

²⁶³ MACHETE, Pedro – O controlo do princípio da igualdade segundo a fórmula da «igualdade proporcional». In **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramo**. p. 450, ainda sobre o princípio da igualdade, destaca que a norma constitucional em referência, qual seja, o artigo 13.º da CRP, “vincula todos os poderes do Estado seja no tocantes à criação de critérios de decisão, seja no que se refere à sua aplicação”.

dimensões, conforme já afirmado pelo Tribunal Constitucional Português²⁶⁴, dentre as quais se verifica a proibição de arbítrio, sendo a efetivação daquele princípio exigência para a legítima atuação dos próprios tribunais²⁶⁵.

Nesta senda, conforme já asseverado neste trabalho, a imparcialidade se revela como condição para o reconhecimento da igualdade entre litigantes, universo de valor sem o qual não há exercício legítimo da função jurisdicional, encontrando-se sua devida expressão no artigo 4.º, do Código de Processo Civil português, quando ali atribui aos tribunais o dever de assegurá-la. Deste modo, a jurisdição não conjuga a igualdade e a confiança, exigidas nas relações sociais, caso o julgador tenha seu papel adjudicatório confundido com quem promove os atos de autocomposição, nomeadamente por conta das incompatibilidades de características destas duas funções.

Isso porque a autocomposição é marcada pelo atuar persuasivo, com a finalidade de construção de soluções consensuais para o conflito²⁶⁶, em ambiente informal e guiado pelo controle das partes, no qual deve ser preservada a privacidade das negociações, para que elas frutifiquem num ajuste baseado em fatos, com menor importância sobre a efetiva aplicação do ordenamento estatal.

E a conciliação judicial, tal qual prevista no Código de Processo Civil português, não é estranha ao primado da persuasão, estando, ainda, conectada à modalidade de julgamento

²⁶⁴ Sobre o ponto, é importante ilustrar com a seguinte passagem do acórdão do MENDES, Oliveira Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal com o nº 36/09.6GAGMR.G1-A.S1, de 10 março de 2010. [Em linha], restou consignado que: “Recorre-se aqui à conhecida e abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao princípio da igualdade. Enquanto «*vínculo específico do poder legislativo (pois só essa sua “qualidade” agora nos interessa)*», o princípio da igualdade não tem uma dimensão única. Na realidade, ele desdobra-se em duas “vertentes” ou “dimensões”: uma, a que se refere especificamente o n.º 1 do artigo 13.º, tem sido identificada pelo Tribunal como proibição do arbítrio legislativo; outra, a referida especialmente no n.º 2 do mesmo preceito constitucional, tem sido identificada como proibição da discriminação. Em ambas as situações está em causa a dimensão negativa do princípio da igualdade (...)». Na análise da norma sub judicio, o parâmetro convocável é o princípio da igualdade enquanto princípio vinculador da atuação do legislador na sua dimensão “mínima” de proibição do arbítrio (artigo 13.º, n.º 1, da Constituição), isto é, impondo a igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais, por não estar em causa qualquer das características pessoais que justificariam a aplicação do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição”.

²⁶⁵ MACHETE, Pedro – *Op. cit.* p. 451. Além disso, o autor registra que, na trilha da Comissão Constitucional, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 44/84, reconhece três vertentes que decorrem do *princípio da igualdade*, quais sejam: *proibição de arbítrio*, *proibição de discriminação* e *obrigação de diferenciação* (p. 454).

²⁶⁶ MORAIS, José Luís Bolzan de; SILVERIA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o Direito. In **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. p. 80, assim caracteriza o meio autocompositivo: “Baseia-se em fatores persuasivos e consensuais, nos quais as partes renunciaram o seu direito, em todo em parte, de tal forma que obtêm soluções mais duradouras por satisfazê-las, mesmo que parcialmente”.

por solução de equidade, conforme já ressaltado alhures. Como anota Costa e Silva²⁶⁷, ali o juiz deve proporcionar a abertura de diálogo franco entre os litigantes, objetivando, ainda mais, a plena adesão de consciência dos contendores ao acordo obtido na sessão autocompositiva.

A solução consensual é amplamente apresentada como a que verdadeiramente pacifica o conflito, porquanto este é integrado, na sua estrutura realística, por um conteúdo emocional preponderante²⁶⁸, pouco considerado, muitas vezes, na via da decisão judicial. Por isso, a postura de quem preside o ato autocompositivo, que busque atingir alguma efetividade, é de promover uma “catarse”²⁶⁹, persuadindo as partes, seja com maior ou menor poder interventivo, para que encontrem o ajuste mais adequado ao caso concreto, ainda que a solução desborde da prescrita na regra ordem jurídica positivada.

Deste modo, o conciliador não pode perder a atenção para a diretriz da conciliação, quanto à proibição de que ela nunca possa ser imposta às partes, a qualquer custo²⁷⁰, embora seja comezinha ao instituto a problemática, mormente ao se observar sua operacionalização prática e se constatar a imposição de acordos por juízes condutores de sessões conciliatórias²⁷¹, especialmente quando passam a figurar como interessados no êxito da solução autocompositiva. Esse interesse, inclusive, pode decorrer da norma inscrita no artigo 594.º, número 3, do Código de Processo Civil português, ao exigir um empenho ativo do juiz na obtenção do acerto²⁷².

Assim, destaca Paulo Pimenta²⁷³ que o juiz está ali investido da função de conciliador judicial, e não de estrito mediador, não devendo limitar-se a aproximar as partes, mas realizar a efetiva promoção para que elas construam uma solução justa, inclusive responsabilizando-se pelo desfecho mais adequado para o caso concreto. Para isso, acrescenta o autor, deve criar um ambiente de diálogo e confiança, no qual as partes se cooperem, motivando-as para que alcancem uma solução equitativa.

²⁶⁷ Na mesma linha da observação de PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 258.

²⁶⁸ SILVA, Paula Costa e. – **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. p. 105.

²⁶⁹ SILVA, Paula Costa e. – *Op. cit.* p. 107.

²⁷⁰ Preocupação demonstrada por CARNELUTTI, Francesco – **Instituciones del proceso civil**. p. 115.

²⁷¹ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – *Op. cit.* p. 260.

²⁷² PIMENTA, Paulo – **A fase do saneamentos do processo antes e após a vigência dos novo Código de Processo Civil**. p. 223 deixa claro que a função de conciliador que se esperar do juiz não pode restringir-se à uma protocolar advertência às partes acerca dos riscos de persistência de um litígio, considerando as incertezas da solução adjudicatória.

²⁷³ PIMENTA, Paulo – **A fase do saneamentos do processo antes e após a vigência dos novo Código de Processo Civil**. p. 222.

Contudo, note-se que a autonomia da vontade²⁷⁴, princípio reitor de qualquer ajuste por negociação das partes, resta em risco, mormente quando a iniciativa de sugerir uma saída consensual para o litígio, conforme observado por Patrícia Costa, é apresentada pelo julgador, “ainda que nas vestes de conciliador”²⁷⁵, o que propicia o temor de mitigação da espontaneidade na adesão ao acerto.

Portanto, a festejada sinceridade que o ato processual poderia proporcionar, outrora defendida por Pessoa Vaz²⁷⁶, sustentando que ela seria gerada pela autoridade do juiz, como presidente do ato, parece ser uma conclusão em contradição não só com a experiência do cotidiano forense, mas também com o vislumbre especulativo do temor da parte de contrariar quem pode decidir, em última hipótese, o feito.

Em outras palavras, aqui parece inconciliável, seja do ponto de vista teórico, seja por constatação prática, o formato da conciliação judicial em Portugal, quando tenta harmonizar a presidência do ato autocompositivo com o múnus de um futuro pronunciamento decisório, nomeadamente quando contrastada com os elementos de confiança pública que os institutos da jurisdição devem proporcionar. Isso porque não se constrói um ambiente persuasivo e de confiança, necessário para a fluidez das comunicações das partes, quando a condução do ato negocial em referência realiza-se na presença de quem tem o poder, caso frustrada a negociação, de resolver a questão de forma adjudicatória²⁷⁷.

Sugerir que um juiz pode, em determinada fase processual, assumir uma tarefa de terceiro imparcial para induzir o processo de formulação de uma resolução autocompositiva e depois, em caso de fracasso daquelas tratativas, a mesma pessoa que realizou aquela tarefa agora detenha a confiança das partes para proferir uma solução contenciosa²⁷⁸, revela-se como solução que não só ecoa como aparentemente ruim, considerando a incredulidade da mudança

²⁷⁴ PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**. p. 202-203, ressalta que a conciliação revela-se como alto e nobre ideal da adesão de consciência entre os litigantes, substituindo a heteronomia e a sanção coercitiva pela autonomia e pela incoercibilidade.

²⁷⁵ COSTA, Patrícia – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. **Julgar**. p. 177.

²⁷⁶ Vide Capítulo 1, item 1.2, deste trabalho, quando cita PESSOA VAZ, Alexandre Mário – *Op. cit.* p. 164.

²⁷⁷ MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**, p. 52 destacam, ao conceituarem a conciliação no âmbito da arbitragem e do processo judicial, que “a pedra de toque está no poder decisório que, num momento posterior, assiste ao conciliador para a resolução da causa”.

²⁷⁸ Neste sentido, assim concebeu CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais**. p. 29, ao sustentar: “A postura assumida pelo juiz nesta fase deve ser diferente da postura de juiz julgador”.

de papéis tão antagônicos, mas que efetivamente tem o potencial de desafiar importante pressuposto da jurisdição justa, qual seja, a imparcialidade do julgador.

Enquanto conciliador judicial, o juiz conduziria um ato com os olhos voltados a desenvolver a tal ponto a confiança das partes que estas até renunciariam ao resguardo de estratégias processuais futuras, tudo isso em nome de um acerto. Mas quando esse restasse frustrado, aquele sujeito processual, que a tudo presenciou durante a sessão conciliatória, desafiando todo o cabedal científico que já se estabeleceu em pesquisas cognitivas, teria a capacidade de, numa verdadeira virada mental, resetar aquelas apreensões e agora enveredar num novo formato discursivo, no qual são as partes quem pretendem persuadir o julgador, para que atente para os pontos mais vantajosos das asserções que cada uma delas traz ao tribunal?

Referindo-se à criação de tipos ideais, à luz do pensamento de Karl Larenz e Klaus-Wilhelm Canaris, Costa e Silva²⁷⁹ lembra do risco de o afastamento da realidade levar à construção de utopias. Portanto, não há compatibilidade provável entre a função de conduzir atos de conciliação e julgamento, razão pela qual a linha doutrinária que formula distinção entre a conciliação judicial e a mediação, tendo por critério o limite da atividade do terceiro imparcial, parece só encontrar respaldo numa classificação que despreze aspetos práticos do instituto, bem como que desmereça a importância de se garantir confiança para o efetivo desempenho do ato compositivo endoprocessual.

Nesse ponto, quando não se acredita na utopia de o julgador deter uma chave mental que pode ser virada da linguagem de ganha-ganha, própria da autocomposição, para uma linguagem de perde-ganha, inerente aos processos adjudicatórios de solução de conflitos, representações ideais e descoladas da experiência prática processual só revelam a perda de eficiência da fase autocompositiva que deveria ser homenageada, mormente tendo em conta a natureza do litígio e a aplicação da solução adequada à contenda, como se pode extrair de uma correta leitura da sistemática multiportas de solução de conflito²⁸⁰.

²⁷⁹ SILVA, Paula Costa e. – **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. p. 105.

²⁸⁰ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 24, fazendo observação acerca da realidade forense portuguesa, constata o seguinte: “Os juízes limitam-se a perguntar se há possibilidade de acordo, seguindo, posteriormente, com a audiência. Uma tentativa de conciliação nestes moldes tem pouca utilidade, pelo que será preferível entregar a decisão ao juiz”. À mesma conclusão chega BACELLAR, Roberto Portugal – **Mediação e arbitragem** [Em linha], examinando a realidade brasileira, por exemplo, quando assim anota: “A conciliação, muitas vezes por ser considerada apenas como uma fase do processo que utiliza o método adversarial na forma heterocompositiva, não tem recebido a atenção devida, e sua realização acaba sendo ato pró-forma, sem qualquer explicação para as partes sobre as reais vantagens da forma autocompositiva e do método consensual”.

Em verdade, a fase autocompositiva, no corpo do procedimento judicial, pode revelar a abertura do rito procedimental para uma solução adequada do conflito, conforme preconizado na aludida ideia de sistema multiportas de solução de conflito. Mais importante do que definir se a sistemática ali operada será de roteiro de conciliação ou de mediação parece ser a concessão de espaço procedimental voltado a que as partes possam realizar uma tentativa de ajuste, nas lides que, por sua natureza, permitam tal caminhar²⁸¹, ato que deve ser conduzido por profissionais versados nas técnicas de conciliação e de mediação, evitando-se a realização do ato na modalidade denominada, por Portugal Bacellar²⁸², como “conciliações intuitivas”.

Elas se caracterizam como atos pró-forma, sem o devido esclarecimento das partes acerca das vantagens e desvantagens da autocomposição, o que levam os participantes a encará-las como mera extensão do modelo heterocompositivo que a jurisdição estatal representa. Acrescente-se, ainda, que a deficiência de formação do juiz para conduzir aquela modalidade de solução de conflito, agregada a questões culturais e em algumas vezes ao uso indevido da sessão para colheita de prova, formam uma gama de distorções do que deveria ser o verdadeiro capítulo procedimental de tentativa de autocomposição²⁸³.

Aqui é necessário lembrar que o padrão de conciliação de Portugal não envolve estritamente a apresentação de uma proposta pelo juiz, mas ele deve buscar persuadir as partes, para que encontrem um acerto, tanto que as propostas recusadas são anotadas em ata, na forma do número 4, do artigo 594, do Código de Processo Civil.

Em verdade, o que os modelos consensuais têm em comum é a finalidade de examinar o conflito de forma mais aprofundada, mergulhando no pântano da contenda que pode esconder sentimentos, incompreensões, visões distorcidas do fato que deu origem ao litígio, dentre outros aspetos. Frente a isso, Portugal Bacellar²⁸⁴ sugere que as vias consensuais se qualificam por vislumbrar, não o “conflito processado”, mas o “conflito real”.

²⁸¹ Neste sentido, CARVALHO, Joana Campos – *Op. cit.* p 29, reconhece a proximidade da conciliação e da mediação, na postura adotada pelo juiz, na sessão de conciliação judicial: “O seu papel durante a conciliação aproxima-se do de um mediador, uma vez que o objetivo destes dois meios de resolução de litígios é o mesmo: a obtenção de uma solução consensual construída pelas partes”.

²⁸² BACELLAR, Roberto Portugal – *Op. cit.*

²⁸³ BACELLAR, Roberto Portugal – *Op. cit.* Sobre a forma casuística como a conciliações judiciais são conduzidas pelos juízes em Portugal, ver em GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. p. 111.

²⁸⁴ BACELLAR, Roberto Portugal – **Mediação e arbitragem** [Em linha], assim sumariza acerca do poder revelador das técnicas consensuais: “As técnicas de um modelo consensual, como as da mediação, possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses e conduzem à identificação diferenciada: uma coisa é o “conflito processado”; outra, o “conflito real”.”

Ora, como se pode exigir uma postura ativa do juiz, que de forma amplamente participativa, deverá buscar um conhecimento do conflito, em ambiente informal de autocomposição, sem que isso seja visto como um elemento capaz de acarretar malferimento à imparcialidade do julgador, especialmente quando a apresentação de proposta de acordo pode ser interpretada como pré-julgamento do litígio?

Inclusive, faz-se necessário destacar que parte da doutrina especializada no tema sugere que o juiz, nas vestes de conciliador judicial, no modelo português, deveria, para bem desempenhar aquela função, conhecer de forma mais aprofundada as questões controvertidas, para que as partes sintam-se prestigiadas com a preocupação daquele magistrado em buscar a solução do feito, isso tudo como forma de cativá-las, nomeadamente para que uma delas emita opinião sobre a contenda e provoque a resposta da outra, com a abertura da discussão²⁸⁵.

Helena Costa²⁸⁶, apoiada na doutrina de Massimo Vaccari, reconhece a promiscuidade que pode representar a cumulação desses papéis processuais e admite que reside forte preocupação acerca da preservação da imparcialidade na conduta ativa do juiz-conciliador, ao revolver os fatos, na sessão voltada à autocomposição, porquanto se estaria pondo em risco a possibilidade de pré-compreensão do litígio, com a formação de pré-julgamento. Malgrado, a autora resolve o embaraço que isso poderia criar adotando uma saída idealista, tendo por guia a verdadeira compreensão, por aquele sujeito processual, do efetivo papel do juiz conciliador²⁸⁷, trilha que despreza as limitações impostas pelos hodiernos estudos da psicologia da cognição, referidos inclusive neste trabalho.

Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie e Jeffrey J. Rachlinski²⁸⁸ – embora reconheçam que as pesquisas por eles examinadas demonstram que juízes norte-americanos apresentaram notável capacidade de ignorar, posteriormente, informações que deveriam considerar como inadmissíveis – asseveram que a discussão da causa, ponto essencial para o

²⁸⁵ PIMENTA, Paulo – **A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil**. p. 223.

²⁸⁶ COSTA, Patrícia – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. **Julgar**. p. 178-179.

²⁸⁷ COSTA, Patrícia Helena – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais**. p. 93, assim arremata a questão: “Noutra perspectiva, Mirella Delia acentua que o risco de antecipação de juízo definitivo existiria apenas se o juiz se colocasse a analisar os factos, algo que não terá lugar na fase da tentativa de conciliação”

²⁸⁸ WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. – Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. **Cornell Law Faculty Publications** [Em linha]. p. 1293. Noutra passagem do artigo, os autores são categóricos ao sugerirem que as discussões na presença do juiz são capazes de influenciar no modo como ele pensa a causa: “Despite the protection of evidentiary restrictions, settlement discussions might affect how a judge thinks about a case”(p. 1292).

acordo, desenvolvida na presença do juiz, pode comprometer a integridade do julgado, ressaltando, ainda, que sequer os juízes podem discernir, com segurança, quando estão ou não considerando aquelas informações.

Nesta linha, Alberto Todoldi²⁸⁹, ao tecer comentário acerca da cumulação das funções de conciliador e de julgador, também prevista no artigo 185-bis, do Código de Processo Civil italiano, sustenta que é totalmente inconcebível, especialmente do ponto de vista da deterioração psicológica, que o mesmo juiz que tratou do exame da causa, com a finalidade de proporcionar a conciliação judicial, venha a ser o futuro julgador do litígio, porquanto a imparcialidade para o julgamento restaria comprometida.

Assim, tomando-se como premissa a importância da abertura procedimental, no processo judicial, para uma tentativa de autocomposição, o desarme de espírito pelas partes, com a possibilidade de promover a identificação do conflito real, parece não encontrar sintonia com um ato judicial que despreze a confidencialidade, em sua dupla aplicação: seja ela a incidir contra o julgador e seja ela com poder de vincular as partes.

Dessa forma, embora se encontre na doutrina firme posição acerca da importância que a confidencialidade²⁹⁰ representa para o sucesso da mediação, a mesma razão em tudo deveria ser aplicada ao momento de negociação da conciliação endoprocessual, porquanto a sinceridade das declarações é condição de valorosa importância para o convencimento das partes na construção de um acerto. Isso porque o temor de revelação do conteúdo debatido naquele ambiente pode acarretar desvantagem ao litigante que assim pretende agir, considerando futura instrução processual, tanto em face de adversários, por conhecimento antecipado da linha processual que adotará o declarante, quanto em face do juiz, pelo enviesamento que isso pode representar, esta última hipótese perfeitamente evitável, dependendo de mera opção legislativa.

Nesse passo, Edward Brunet, Charles Craver e Ellen Deason reconhecem a importância da confidencialidade, ainda que o tema tenha sido tratado no contexto dos acertos de uma mediação, porquanto a ameaça de revelações, por declarações sinceras, realizadas no contexto das sessões, configura-se obstáculo ao acordo, sendo esta a razão pela qual as regras probatórias impedem a admissão de provas dali extraídas. Inclusive na hipótese de se lançar

²⁸⁹ TEDOLDI, Alberto – Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**. p. 1002.

²⁹⁰ BRUNET, Edward; CRAVER, Charles b.; DEASON, Ellen e. – **Alternative Dispute Resolution: The Advocate's Perspective**. p. 219/220.

mão de encontros separados, entre mediado e mediador, o denominado caucus (*caucuses*)²⁹¹, aquele último não pode revelar o conteúdo de tais conversas, havendo proibição de tal agente ser chamado a depor sobre o que ali tomou conhecimento²⁹².

Na mesma linha, Alan Kirtley²⁹³, ao tratar da função da confidencialidade na mediação, ressalta a importância que tal modalidade de sigilo representa para o desenvolvimento de comunicações confiáveis entre os mediados, sendo este o segredo do sucesso daquela via autocompositiva. Apenas confiantes em tal garantia, as partes se permitem fazer revelações pessoais, negociais e até sentimentais, culminando, muitas vezes, em admissão de fatos.

Assim, o efetivo envolvimento das partes, ponto fundamental para o sucesso das técnicas autocompositivas, é desestimulado na conciliação judicial, na medida em que elas não contam com a garantia da confidencialidade, inclusive para a manutenção da confiança na própria imparcialidade do terceiro facilitador²⁹⁴, pessoa que deve assim se comportar durante as tratativas para construção de um acordo.

Ora, neste ponto, o anacronismo do número 4, do artigo 594, do Código de Processo Civil português, especialmente quando associa a presidência do ato de conciliação pelo juiz com a determinação de que as propostas conciliatórias frustradas sejam anotadas em ata, é um convite a que a sessão seja transformado, na prática judicial, em decorativa previsão procedimental, na qual os juízes, em verdade, temem pela quebra da imparcialidade²⁹⁵, com evidente mitigação da confiança que tal ato deveria ensejar, repercutindo na eficiência da conciliação judicial.

²⁹¹ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 44, lembra que muitos mediadores evitam as reuniões em separado, com os mediados, justamente para não perder a confiança das partes e não aparentar parcialidade.

²⁹² BRUNET, Edward; CRAVER, Charles b.; DEASON, Ellen e. – **Alternative Dispute Resolution: The Advocate's Perspective**. p. 252-253, neste ponto, destaca que “Neutral intervenors must emphasize the fact that all information disclosed during separate caucuses will remain confidential — unless the interested party authorizes the mediator to convey that knowledge to the other side or disclosure is required under a special statute pertaining to the particular circumstances involved”.

²⁹³ KIRTLEY, Alan – The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest. **Journal of Dispute Resolution** [Em linha]. p. 10.

²⁹⁴ *Idem* – *Ibidem*.

²⁹⁵ Na mesma linha seguem as observações de PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. p. 239. Em reforço, FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa – **Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil**. p. 500, quanto às experiências da prática forense, aduzem que, preocupados com a quebra de imparcialidade, os juízes buscarem refúgios em “soluções por equidade salomônicas – ‘partindo ao meio’ o pedido –, sem se envolver muito na materialidade do caso”.

Como observado por Paulo Pimenta²⁹⁶, ainda que a previsão tenha por objetivo conter a recusa de proposta de conciliação por motivações fúteis, em verdade o preceito legislativo acaba por impor um efeito contraproducente à sessão de conciliação, porquanto inibe a negociação, por subsistir um receio de que o juiz possa valorar as atitudes ali tomadas, sancionando aquelas que ele enxergar como intervenções comprometedoras, em uma futura decisão judicial. Por conta disso, aponta o autor, as partes, em comportamento guiado pela cautela, preferem fazer declarações meramente circunstanciais, o que acarreta frustração do “espírito de diálogo” que deveria contagiar o ato processual.

Ainda neste aspeto, a anotação em ata acerca das propostas recusadas, embora tenha a finalidade de persuadir quem resiste indevidamente à adesão de uma solução consensual do litígio, acaba por inviabilizar o sigilo que infelizmente o legislador não impôs à sessão judicial de conciliação, não se identificando, nesse ponto, razão idônea para tratamento distinto entre aquela técnica autocompositiva e a mediação, quando aqui em discussão a confidencialidade do ato²⁹⁷.

Justamente porque a conciliação judicial portuguesa é ato presidido por quem pode realizar a solução adjudicatória futura, em caso de acordo frustrado, Joana Carvalho²⁹⁸ reconhece que ali as partes não restam dotadas de poderes plenos, eis que se reservam a não revelar informações que possam gerar influências desvantajosa na decisão do julgador. Além disso, a autora reconhece a impropriedade da norma, quando mantém o juiz como conciliador judicial, especialmente porque isso é incompatível com o *empowerment* das partes e com a imparcialidade do juiz²⁹⁹.

Ainda que não assente algum obstáculo à transposição dos “métodos e ferramentas” da mediação, Joana Carvalho³⁰⁰ reconhece que o *empowerment* é posto em xeque na conciliação judicial, nomeadamente porque as partes podem sentirem-se constrangidas em

²⁹⁶ PIMENTA, Paulo – **A fase do saneamento do processo antes e após a vigência dos novo Código de Processo Civil.** p. 228-229.

²⁹⁷ GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios.** p. 97, sobre a importância da confidencialidade para a implementação do franco diálogo entre as partes, assim enfatiza: “A confidencialidade permite que as partes falem à vontade, com tranquilidade e sem medo de desagradar ao mediador. Algo que não acontece, por exemplo, na conciliação perante o juiz ou o árbitro”.

²⁹⁸ CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais.** p. 41.

²⁹⁹ CARVALHO, Joana Campos – *Op. cit.* p. 43-44.

³⁰⁰ CARVALHO, Joana Campos – *Op. cit.* p. 45. Sobre a identidade de resultados alcançados com a conciliação e a mediação, conferir SMITH, David Nathan – A warmer way of disputing: Mediation and conciliation. **American Journal of Comparative Law** [Em linha]. p. 213.

debater, no processo de construção de um acordo, os fatos que poderão ser objeto de julgamento pelo presidente do ato em referência.

É exatamente nessa linha de pensamento que Dulce Lopes e Afonso Patrão³⁰¹, ao comentarem acerca da importância da confidencialidade na mediação, são certos ao sustentarem que se esse princípio não imperasse naquela via de autocomposição, mediado algum abrir-se-ia para uma negociação, pois estaria certo de que, na hipótese de frustração do acordo, seria prejudicado no tribunal.

Nesse ponto, os autores condecoram a LMP com mais louros do que a própria Diretiva 2008/52/CE, porquanto aquela foi além da previsão da norma comunitária, que restringiu o dever de confidencialidade apenas em face do mediador e assistentes, espraiando-se, naquela outra, também em relação aos mediados³⁰².

Aqui é necessário ressaltar que a dupla face da confidencialidade – voltada contra as partes, que devem manter sigilo sobre todo o conteúdo das negociações, quando contra o juiz³⁰³, já referenciada neste trabalho – é ponto fundamental para se estabelecer coerência entre a necessidade de se buscar soluções autocompositivas aos litígios e a preservação da confiança em um processo judicial justo, tendo como pressuposto a garantia da imparcialidade do julgador.

Ora, embora se possa encontrar na doutrina exigências de melhor desempenho da conciliação judicial, inclusive com o reconhecimento de que, de fato, ela vem sendo realizada de forma intuitiva, especialmente porque o juiz, por não ser um especialista treinado para a condução de sessões de autocomposição, sequer domina a linguagem e as técnicas que hoje são profissionalmente empregadas por conciliadores e mediadores³⁰⁴, parece não haver justificativa para a manutenção da norma processual que insiste em tal cumulação de funções, especialmente quando isso não só vulnera a eficácia do ato autocompositivo assim realizado, mas também pode representar violação irremediável ao devido processo legal, pelo alto risco de enviesamento do julgador.

³⁰¹ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – **A lei de mediação comentada**. p. 47.

³⁰² LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – **A lei de mediação comentada**. p. 48. Registram, ainda, que enquanto a Directiva 2008/52/CE obriga a confidencialidade somente quanto às “informações decorrentes ou relacionadas com o processo de mediação”, a LMP determinou a proteção de “todo o conteúdo” das sessões de mediação.

³⁰³ Neste sentido, sustenta CUNHA, Leonardo Carneiro da – **Notas sobre ADR, confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível**. [Em linha].

³⁰⁴ Neste sentido, CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Civis e Comerciais**. p. 29-30.

Nesse ponto, tem-se como válido destacar que o desafio enfrentado por quem preside a sessão autocompositiva é justamente sensibilizar os participantes para que se envolvam em verdadeira mudança do paradigma do ganha-ganha, para que assim seja possível a solução do conflito de forma não litigiosa³⁰⁵. Tal desafio somente se torna mais custoso na medida em que o conciliador judicial, enquanto julgador, deve privar-se de várias formas de abordagem, sob pena de vulnerar a percepção das partes quanto à imparcialidade para presidir uma fase futura do processo.

Noutro bordo, as vantagens apontadas por Pires de Sousa³⁰⁶, quanto à imparcialidade do juiz, como condutor da conciliação, somadas a outras características que o cargo público agrega, parece não ser determinante para tal escolha legislativa, porquanto a imparcialidade do terceiro que conduz a autocomposição, seja em hipótese de conciliação ou de mediação, também é condição insuperável de quem preside tais atividades, sendo ou não a atividade desempenhada por um julgador.

Quanto ao posto de guardião das garantias e princípios processuais, bem como de conhecedor da seara jurídico-legislativa, defendidos por Pires de Sousa³⁰⁷ como requisitos de higidez do acordo, tudo isso será preservado, desde que o ajuste seja submetido à homologação do juiz, após a sessão autocompositiva, realizada na presença de um conciliador profissional. Se não bastasse, conforme já destacado neste trabalho, é importante observar que o acordo alcançado em sessão autocompositiva não tem como finalidade a aplicação do Direito positivo, mas de restabelecer um equilíbrio na relação entre as partes que foi ameaçado pela situação de conflito, tanto é que há um convite legislativo à solução por equidade³⁰⁸.

Portanto, parece que não se sustenta a ideia de que a mente julgadora seja hermética e impassível de contaminação por fatores dos mais diversos, como preconceitos, visões idiossincráticas de mundo, dentre outros. Mas também parece que não se pode admitir que uma fonte de desvio cognitivo seja justamente prevista como ato do procedimento estabelecido pelo legislador, este último agente do Estado que detém a missão de promover o as promessas constitucionais, dentre as quais se sobressais a igualdade aos litigantes.

³⁰⁵ SILVA, Érica Barbosa e. – **Conciliação judicial**. p. 146.

³⁰⁶ SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. p. 320.

³⁰⁷ *Idem* – **Ibidem**.

³⁰⁸ SILVA, Paula Costa e. – **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. p. 97.

No próximo ponto de análise, será examinado se é possível depurar a mente do juiz enviesado ou se tal mácula é irreparável, a ponto de se exigir a substituição daquele agente que foi exposto aos influxos de uma fonte de contaminação psíquica. Por fim, será discutida a possibilidade de existir alguma relação de proximidade e aproveitamento de solução entre a contaminação psíquica do julgador, que atua como conciliador judicial, e aquele que tem contado com o conteúdo de prova reconhecida como ilícita.

3.2. O enviesamento psíquico do julgador como fator de comprometimento da imparcialidade e a teoria da descontaminação do julgamento

David Eagleman³⁰⁹, ao tratar dos metaconhecimentos da mente humana, relembra uma importante passagem da Odisseia, quando Ulisses, no retorno para casa, depois da Guerra de Troia, resolve aproveitar aquela oportunidade e então passar pela Ilha das Sereias. Contudo, advertido por Circe de que seria tomado por irresistível tentação de se atirar ao mar, quando ouvisse o canto inebriante das sereias, determinou que seus marinheiros tapassem os ouvidos com cera. Ulisses impôs, ainda, que sua tripulação o amarrasse ao mastro da embarcação e, fossem quais fossem suas ordens, não deveria libertá-lo até que a travessia fosse encerrada³¹⁰.

A narrativa mitológica supracitada é capaz de escancarar uma conclusão, que David Eagleman³¹¹ ali examina atentamente, qual seja: Ulisses, antes de ser contaminado pela sedução das sereias, sabia que não teria condições de tomar decisões corretas, quando fosse enfeitiçado por aqueles cantos.

Em outras palavras, não basta o indivíduo ter consciência de que está ou de que será contaminado psicologicamente, para se livrar, no futuro, daquela influência. Como já observado em outra passagem deste trabalho, pouco importa a consciência ou não da mácula mental inoculada no pensamento de alguém, porquanto ela age com autonomia e de forma

³⁰⁹ EAGLEMAN, David – **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. p. 130-134.

³¹⁰ Narrativa do mito, conforme descrita por BULFINCH, Thomas – **O livro de ouro da mitologia: história de deuses e heróis**. p. 234. Por sua vez, BRANDÃO, Junito de Souza – **Mitologia Grega**. p.246, assim descreve a passagem mítica: “Circe preveniu bem o herói de que as sereias antropófagas, de que já se tratou no Vol. I, p. 246-247, tentariam encantá-lo com sua voz maviosa e irresistível: atirá-lo-iam nos recifes, despedaçando-lhe a nau e devorariam todos os seus ocupantes. Para evitar a tentação e a morte, ele e seus companheiros deveriam tapar os ouvidos com cera. Se, todavia, o herói desejasse ouvir-lhes o canto perigoso, teria que ordenar a seus nautas que o amarrassem ao mastro do navio e, em hipótese alguma, o libertassem das cordas”.

³¹¹ EAGLEMAN, David – **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. p. 132.

indomável quanto ao sujeito psiquicamente contaminado, eis que não transita sequer por vias da consciência.

Ora, a sessão de conciliação, por tudo até aqui exposto, parece revelar-se como a verdadeira Ilha das Sereias, que o julgador, com a consciência de Ulisses, jamais deveria desafiá-la, especialmente porque, diferentemente daquela jornada mítica, não existe a possibilidade de se presidir o ato de autocomposição com cera nos ouvidos ou amarrado a um mastro de contenção de comportamentos indesejados. Se passar pela ilha da contaminação psíquica – mesmo após algumas milhas náuticas de atos processuais, caso o mesmo comandante guie a nau nas rotas conciliatória e adjudicatória –, não existe processo de assepsia capaz de curar uma mente encantada por sereias³¹².

É fato que o mapeamento dos caminhos que levam aos labirintos da mente humana ainda é desafio que não foi superado pela ciência. Ou seja, como reconhece Montero Aroca³¹³, se a imparcialidade não é uma característica abstrata do juiz, mas só pode ser aquilatada no exame de cada caso concreto, é de se destacar a dificuldade que existe em conhecer o psiquismo de alguém. Daí a complexidade que se impõe ao legislador em objetivar as causas que alteram a intimidade psíquica do juiz.

Nessa linha, Calmon Passos³¹⁴, afastando-se de qualquer tendência de propugnar pela imparcialidade como uma assepsia ingênua do julgador quanto ao caso concreto, enfatiza a necessidade de esse sujeito processual desconhecer os fatos sobre os quais estão fundamentadas as pretensões das partes, como exigência do sistema democrático. Para tanto, sistematiza seu entendimento sobre o tema adotando a separação dos conceitos de fonte de prova e de meio de prova, à luz do pensamento de Santiago Sentis Melendo. Aduz, assim, que a primeira envolve tudo aquilo que “testemunha os fatos ocorridos fora do processo”, sobre os

³¹² No ponto, merece destaque a observação de EAGLEMAN, David – *Op. cit.* p. 134, quando escreve: “Felizmente as vezes podemos depender da imparcialidade de outras pessoas, como Ulisses dependia de seus marinheiros para ignorar seus apelos”. Esta parece não ser a opção do juiz, quando acumula a função de conciliar e julgar.

³¹³ AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona – **Derecho Jurisdiccional - Parte General**. p. 100. E assim arremata Montero Aroca, em tal passagem da obra coletiva supracitada: “De este modo una cosa es la exigencia de imparcialidad (o desinterés subjetivo), que es un principio conformador del personal jurisdiccional, y otra las situaciones concretas y constatables objetivamente”. Contudo, ainda que reconheça tal distinção, não abandona a importância do regramento adequado do tema, ao arrematar o pensamento na seguinte passagem: “Uno y otras deben estar en normas orgánicas y por ello se encuentran en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

³¹⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. – **Revisitando o Direito, o Poder, A Justiça e o Processo**. p. 221. Nas palavras do autor, a neutralidade, sinônimo de imparcialidade, é precisamente delimitada: “... não no sentido de neutralidade em face do caso concreto, entendida esta neutralidade como o milagre de uma assepsia em que o julgador se libera da sua precompreensão, seus preconceitos, suas limitações intelectuais e suas distorções morais etc”.

quais o juiz não pode ter conhecimento e poder, sob pena de malferir a imparcialidade, bem como a inércia judicial. Noutro giro, os meios de prova são as vias decorrentes das fontes, disciplinadas em lei, pelas quais a demonstração dos fatos chega ao processo, como, por exemplo, depoimentos, documentos, perícias, dentre outros, conteúdos sobre os quais o juiz atua como senhor, cujos limites encontram-se em normas que estabelecem as balizas democráticas³¹⁵.

Nessa toada, embora a conciliação judicial seja ato realizado no ambiente endoprocessual, não se volta à colheita de provas, porquanto não é ato de instrução processual, mas o momento propício para a equalização das disputas dos litigantes, no intuito de construírem solução autocompositiva para a causa, portanto de natureza consensual. Nesses termos, as informações ali oralizadas têm efetiva possibilidade de enviesar o julgador, especialmente pela forma de linguagem desenvolvida naquela sessão, bem assim considerando os objetivos que o ato processual persegue, de modo que o julgador fará aquisição cognitiva relacionada a algo diverso de meio de prova, o que só depõe em desfavor de necessária imparcialidade judicial.

É fato que a ciência, como aqui já reconhecido, ainda não dispõe do saber capaz de revelar o que se passa na mente de alguém³¹⁶. Contudo, não se pode desprezar, no aperfeiçoamento do sistema de justiça, as descobertas no campo da cognição.

Esse compromisso de aprimoramento, da busca da perfeição na qualidade da reconstrução dos fatos no processo judicial, sequer é desprezado pela corrente realista norte-americana, como se observa pela pena de Jerome Frank, ainda que se apegue a subjetivismo entorpecedor, capaz de lançar a atividade jurídica numa vala de contingências e de irracionalidades³¹⁷, enxergando o processo como um campo de incertezas³¹⁸.

É válido ressaltar a advertência de Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie e Jeffrey J. Rachlinski³¹⁹, ao destacarem que o erro judicial atenta contra o compromisso estatal com um

³¹⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. – *Op. cit.* P. 221 e 222.

³¹⁶ GRECO, Luís – **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô**. p. 36, assim sintetizou tal pensamento: “Enquanto não pudermos observar o que ocorre dentro da cabeça do juiz humano, será difícil, para não dizer impossível, descobrir racionalizações”

³¹⁷ LESSA NETO, João Luiz – **Produção autônoma de provas e processo comparado**. p. 81.

LESSA NETO, João Luiz – *Op. cit.*, p. 83, assim se refere ao pensamento de Jerome Frank: “Embora não chega a defender que seria possível de algum modo no ambiente judicial uma apreensão objetiva dos fatos ele entende que o sistema pode ser melhorado”.

³¹⁹ WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. – Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. **Cornell Law Faculty Publications** [Em linha]. p.1330.

juízo justo, porquanto as decisões judiciais, inexoravelmente, acarretam severas consequências aos litigantes. Assim, a atualização perene das regras processuais é imposição em um Estado que se promete com um juízo adequado.

O papel do legislador, nesse cenário, portanto, é objetivar as hipóteses de parcialidade do juiz, inclusive aquelas que decorrem de causas de enviesamento de alta probabilidade daquele sujeito processual, porquanto, ainda que exista o desafio de normatizar pontos que aparentemente apresentam-se como casuísticos, quando eles se mostrarem verossímeis, comportam o enfrentamento da questão, eis que o Estado Democrático de Direito não se pode apresentar vacilante diante de valor tão caro para a jurisdição legítima³²⁰.

Para tanto, o legislador deve considerar os aspetos humanos do julgador, como destaca Luigi Ferrajoli³²¹, ao asseverar que o juiz não pode ser reduzido a mera máquina de produção automática de julgamentos, capaz de realizar silogismos precisos entre os fatos e as normas, devendo-se reconhecer que o processo de busca da reconstrução da verdade processual é pavimentado por etapas de discricionariedades.

Se é assim, a importância da eliminação de hipótese de parcialidade revela-se como dimensão ainda mais importante para a construção de processo justo, não sendo adequado fugir dessa meta, especialmente quando se reconhece as dificuldades de se objetivar as hipóteses de comprometimento subjetivo do juiz, inclusive quando em causa a questão acerca da contaminação psíquica do julgador.

Então uma indagação parece ser inevitável, frente a esse estado de coisas:

Se a atividade de conciliar importa em lançar o juiz em mar revolto de informações que lhe são apresentadas em ato processual – que é caracterizado pela persuasão e pela informalidade –, a carga discursiva ali produzida pode ser posteriormente excluída da mente de quem vai encaminhar e produzir a solução adjudicatória do processo judicial?

Em outras palavras, quem presenciou os atos de sinceridade e de busca de convencimento travados entre as partes – isso para a construção do consenso e em ambiente

Nas palavras dos autores: “Judicial decisions have serious consequences for litigants, and undue delay in eliminating sources of error would undermine our commitment to accurate and just adjudication.”

³²⁰ Neste sentido, CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva – **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais**. p. 44, quando destaca a importância da imparcialidade, nos seguintes termos: “No entanto, um sistema assentado em bases democráticas deve cercar-se de todos os meios institucionais possíveis para evitar sacrifícios a este caro princípio, não podendo, por exemplo, endossar atitudes de verdadeira substituição da parte pelo jogador” ...

³²¹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. p. 33.

informal, guiado pela ampla oralidade e espontaneidade – pode depois desconsiderar tudo o que viu e ouviu e retomar o exame do objeto litigioso com a higidez exigida pelas balizas decorrentes do contraditório e da igualdade processual?

Tais indagações apresentam-se especialmente porque é preciso considerar, conforme anunciado em linhas atrás, que Pires de Sousa e Pessoa Vaz, por exemplo, identificam benefícios no modelo simbiótico do juiz-conciliador, quando ali foram relacionadas as vantagens identificadas pelos aludidos processualistas, à guisa de ilustração doutrinária.

Se existe a possibilidade de descontaminação psíquica do julgador que atua como conciliador, à luz do estado da arte dos estudos de cognição, parece que não se reconhece qualquer incongruência na acumulação daquelas funções processuais, de conciliar e julgar. Por outro lado, se isso não se verifica, parece que tem razão a corrente de pensamento que, nesse campo de batalha, entende que deve prevalecer aquilo que dignifica a imparcialidade judicial.

Aqui, mais uma vez, Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie e Jeffrey J. Rachlinski³²² asseveram que as pessoas até esquecem de certas informações, mas isso é difícil de ocorrer quando tentam intencionalmente. Se não bastasse, mesmo que elas tentem ignorá-las, tais informações podem perseverar como pontos de influência, capazes de sedimentar crenças. Como inclusive já destacado neste trabalho, existem várias teorias que alicerçam a impossibilidade de que informações indesejadas possam ser ignoradas.

A preocupação com o julgamento de uma causa por quem já firmou uma pré-compreensão acerca da questão discutida no processo judicial foi revelada por Francesca Ferrari³²³, ao examinar o artigo 185-bis, do Código de Processo Civil italiano, porquanto, destacando que a postura de absoluta imparcialidade é elemento estrutural da atividade do julgador, entende que a lide não poderia ser decidida por quem já apresentou uma manifestação acerca do conflito, especialmente formulando, por exemplo, uma proposta de acordo para as

³²² WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. – Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. **Cornell Law Faculty Publications** [Em linha]. p.1260. Neste ponto, é importante registrar o seguinte arremate dos autores: “These theories all suggest that suppressing the influence of information that is supposed to be ignored will be difficult.³⁷ Research on deliberate forgetting supports this concern”.

³²³ FERRARI, Francesca – The Judicial Attempt at Conciliation: the New section 185-bis of the Italian Code of Civil Procedure. **Russian Law Journal** [Em linha]. p. 92. Nas palavras da autora: “Indeed, the position of absolute impartiality of the Judge from the positions of the parties should be a structural element of the Judge’s activity and, therefore, it must be ‘avoided that the dispute be decided by someone who has already formed an opinion about it’”. Assim também se referido à opinião da autora supracitada, COSTA, Patrícia – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. **Julgar**. p. 179.

partes encerrarem a contenda. Isso porque, o juiz dificilmente desvincular-se-ia da resolução que ali vislumbrou de forma antecipada.

Citado por Paixão Campos³²⁴, Carlos Ferreira da Silva considera perturbadora a ideia de registro em ata das propostas frustradas, pois, segundo ele, dificilmente o juiz deixará de levar em consideração e até de punir a parte que o julgador considerará, no julgamento da causa, sem razão na disputa judicial. Já aquela autora, não só repudia tal anotação, mas destaca que o fator determinante nesse contexto é, em verdade, o juiz presenciar as negociações³²⁵.

Densificando a discussão acerca da garantia da imparcialidade, Mouraz Lopes³²⁶ registra as preocupações contidas nos julgados do TEDH acerca da intervenção do juiz em fases anteriores ao julgamento.

Atento ao “Caso Castillo Algar contra Espanha”, aquele tribunal considerou que a imparcialidade judicial havia sido agredida, quando dois juízes, que participaram de um julgamento que desacolheu pretensão do acusado, em processo de natureza criminal, posteriormente participaram de novo julgamento. Ali restou consagrado que qualquer resolução de um órgão julgador, sobre o reconhecimento de culpa criminal de um acusado, acarreta a possibilidade de recusa dos juízes que participaram daquela fase do julgamento, conclusão muito mais protecionista até que a apresentada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que considerava o exame da contaminação do julgador, não de forma abstrata, mas sempre à luz do exame das circunstâncias do caso concreto³²⁷.

Ou seja, resta timbrada a conclusão, no TEDH, dando conta de que a participação em determinadas fases do processo compromete o julgador de seguir no julgamento de outras, por evidente contaminação psíquica.

Nesse ponto, os debates jurídicos acerca da questão relativa à descontaminação do julgador que tomou conhecimento da prova ilícita não podem ser desprezados,

³²⁴ CAMPOS, Joana Paixão – **A Conciliação Judicial** [Em linha]. p. 61.

³²⁵ *Idem* – **Ibidem**.

³²⁶ LOPES, José António Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. p. 87-88.

³²⁷ FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez – **La contaminación procesual: el derecho al juez imparcial**. p. 45-46. A título de exemplificação, é necessário registrar a seguinte passagem do julgamento STC 11/2000 (Recurso de amparo 3450/97). RESOLUCIÓN do Tribunal Constitucional. STC 11/2000 (Recurso de amparo 3450/97). [Em linha]. p. 69: “También la jurisprudencia constitucional ha establecido que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción de funciones por un mismo Magistrado, en determinados momentos del proceso penal, puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (STC 142/1997, de 15 de septiembre, F.J. 3)”.

especialmente porque tratam justamente do enfrentamento da imparcialidade do juiz, eis que apresenta nítida semelhança com o caso do julgador que presenciou as tratativas realizadas na sessão de conciliação judicial frustrada, tendo agora que presidir e julgar o processo.

No caso da prova ilícita, Castello Branco³²⁸ sintetizou as correntes doutrinárias acerca do tratamento que deve ser aplicado ao juiz que teve contato com aquele conteúdo contaminador, em contrates com a questão da higidez psíquica do aludido magistrado, assim o fazendo pela descrição de quatro linhas básicas: 1. O juiz não pode desvincular-se subjetivamente da prova ilícita, sem prejuízo de responsabilização de quem deu causa a tal quadro de coisas; 2. O juiz que tomou ciência da prova ilícita deve ser recusado, para que aquele tipo de prova não cause efeito algum no processo; 3. Um sistema articulado deve ser adotado, no qual um juiz deve admitir a prova e outro produzi-la e valorá-la, justamente para que não subsista o contágio psíquico e 4. A motivação é suficiente para o controlo da prova ilícita.

Mirando-se na última solução, merece a importância de se ressaltar, como já se registrou neste trabalho, que não só a motivação é insuficiente para deter os efeitos nefastos do julgador enviesado, como também não se acredita na possibilidade de desvinculação daquele sujeito processual em face de todo conteúdo informativo que não pode ser considerado na sua atuação, eis que o enviesamento do julgador é marca comprometedora da regularidade processual.

Nesta senda, a *teoria da descontaminação do julgamento* propõe-se a enfrentar o problema, com dedicada atenção, considerando o dilema de se adotar a singela solução do retorno do processo ao mesmo órgão judicial do primeiro julgamento, sem que se atente para a composição dos membros que realizaram o exame inicial da causa.

Convencido por constatações científicas da impossibilidade de o juiz desvencilhar-se da prova ilícita que tomou conhecimento, Fonseca Costa³²⁹ ilustra como um equívoco o reconhecimento da nulidade do julgamento, adotando-se a estrita providência de se acolher o direito de novo julgamento, sem alteração da composição dos membros do órgão

³²⁸ BRANCO, Carlos Castello – **A prova ilícita: verdade ou lealdade?** p. 327-329. Para o autor, o rol de impedimentos é taxativo, razão pela qual a solução construída por alguns, de aplicar a alínea “h”, do artigo 115, I, do Código de Processo Civil Português, não se mostraria adequada nestes casos. Assevera, ainda, o perigo de advogados inescrupulosos, que poderiam causar o afastamento de juízes indesejados, provocando o contato destes últimos com a prova ilícita, o que representaria um risco, sobretudo à segurança jurídica. Assim, adota uma solução no caso concreto, que somente nos casos em que a conclusão do julgado se assentou em patente prova ilícita, conduziria à anulação do julgamento, desde que se pudesse aplicar ao caso estritamente as hipóteses dos art(s) 119 e 120 do CPC português.

³²⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.** p. 159.

jugador que prolatou a decisão maculada, como o fez o Tribunal Constitucional espanhol, ao lavrar a Sentença 157/1993, de 06 de Maio de 1993.

Em caminho mais adequado, segundo aquele autor³³⁰, vem seguindo o Tribunal Supremo daquele país, pela Segunda Sala, ao reconhecer a solução, para esses casos, de não só anular o julgamento, pela adoção indevida de prova ilícita, mas também reconhecer a necessidade de que outros julgadores realizem o novo exame.

Somente assim a solução adotada é capaz de atentar para os estudos sobre *neutralização-eliminação-mitigação do viés de ancoragem e ajustamento*, porquanto eles demonstram as dificuldades dos juízes e dos jurados de desconsiderarem aquela espécie de prova adrede conhecida. Uma confissão, por exemplo, obtida de forma ilícita, após ser conhecida pelo julgador, tem-se revelado, à luz de experimentos científicos dedicados ao exame do tema, como impossível de ser desconsiderada³³¹.

Na mesma linha, para Guilherme Marinoni, Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero³³², o julgador que conheceu da prova ilícita deve ser afastado do novo julgamento, porquanto existe efetiva probabilidade de ser influenciado por aquelas informações inadequadas, ainda que isso ocorra em sede de inconsciência.

Garcia Medina, ao tratar da mesma questão³³³, esclarece que o rejuízo do processo deve considerar os feitos da *confirmation bias*. Ou seja, a tendência, ainda que irracional, do julgador, que considerou, no primeiro momento, que determinados fatos estariam provados, é de perseverar na mesma forma de pensar, ainda que expurgada a prova, por ilicitude, que deu base a tal conclusão.

No cenário processual penal português, o legislador não permite que o juiz que participou do primeiro julgamento que envolveu a prova ilícita possa participar do rejuízo da causa, quando aquela será expurgada, norteando-se pela previsão do artigo 40, alínea “c”, do Código de Processo Penal, conforme o impedimento ali descrito³³⁴.

³³⁰ *Idem* – *Ibidem*.

³³¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca – *Op. cit.* p. 152.

³³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil**. p. 225- 226.

³³³ MEDINA, José Miguel Garcia – **Novo Código de Processo Civil**. p. 157.

³³⁴ Sobre o ponto, é importante ilustrar com a seguinte passagem do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português, quando, do julgamento Ac. STJ - 36/09.6GAGMR.G1-A.S1 de 10-03-2010, relator Oliveira Mendes, restou consignado que: “I. O art. 40.º do CPP tem em vista garantir a imparcialidade do juiz enquanto elemento fundamental à integração da função jurisdicional, face a intervenções processuais anteriores que, pelo seu conteúdo

Na linha do pensamento de Calmon Passo supracitado, que distingue fontes de prova de meios de prova, quando o juiz conhece dos fatos, fora do ambiente adequado e previamente definido para isso – qual seja, uma audiência na qual o processo será devidamente instruído, por exemplo –, todas aquelas informações acerca do fato, que chegam ao julgador fora daquela quadra processual, têm como única possibilidade acarretar o malferimento ao *princípio da igualdade*, pela ranhura que causará à paridade de armas.

A contaminação do julgador, pelo conhecimento da prova ilícita, do mesmo modo que a decorrente do contato com os diálogos das negociações e exigência de participação ativa do juiz na sessão de conciliação judicial, são duas hipóteses que se identificam. Em ambos os casos envolvem o conhecimento de informações que, se usadas, atentam contra o devido processo legal, as balizas do processo igualitário e o contraditório.

Note-se que no caso da prova ilícita, é possível saber qual era o conteúdo da informação infecta, porquanto ela é declarada pelo órgão judicial que assim a reconhece. Já no caso da contaminação pela atuação do juiz como conciliador-julgador, muitas vezes sequer é possível saber a fonte que enviou o sujeito processual que detém o poder/dever de decidir e como isso irá influenciá-lo na condução do processo e na decisão a ser tomada.

Destarte, qual seria a diferença, quando se lança luz ao exame da imparcialidade, entre o impedimento decorrente da hipótese do juiz que conheceu da prova ilícita, para participar do re julgamento da causa, quando contrastado com a situação do juiz que participou da sessão de conciliação judicial frustrada, ali instou às partes para que buscassem uma solução autocompositiva para o litígio e, para tanto, formulou uma pré-compreensão dos fatos narrados pelos contendores, bem como a partir daquela pré-compreensão apresentou sugestão resolutiva da controvérsia judicial?

Ora, a questão não passou despercebida por Portugal Bacellar, quando, ao examinar o desempenho de múltiplos papéis pelo juiz, no mesmo processo, considerou que a imparcialidade restaria comprometida pela escuta dinâmica realizada durante a sessão

e âmbito, considera como razão impeditiva de futura intervenção. II. O envolvimento do juiz no processo, através da sua directa intervenção enquanto julgador, através da tomada de decisões, o que sempre implica a formação de juízos e convicções, sendo susceptível de o condicionar em futuras decisões, assim afectando a sua imparcialidade objectiva, conduziu o legislador a impedi-lo de intervir nas situações em que a cumulação de funções processuais pode fazer suscitar no interessado, bem como na comunidade, apreensões e receios, objectivamente fundados” (CJASTJ, ANO XVIII, TOMO I/2010, p. 223). MENDES, Oliveira Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal com o nº 36/09.6GAGMR.G1-A.S1, de 10 março de 2010. [Em linha].

autocompositiva, quando ali são permitidas manifestações de “desejos, emoções e necessidades”³³⁵.

Neste aspeto, muitos são os fatos da vida que impõem o enviesamento psíquico do julgador, como lembra Lebre de Freitas, ao se referir a hipótese, por exemplo, prevista no artigo 115, “c”, do Código de Processo Civil português, pois ali se tem a lógica de que alguém que já pronunciou acerca dos “fatos subjacentes”³³⁶, tem uma pré-disposição para confirmar o que já havia elaborado acerca da causa. Para o autor, não é sem propósito que as hipóteses seguintes, “e” e “h”, envolvem o impedimento para o exame de recurso pelo julgador que já atuou em outro tribunal, quer proferindo a decisão recorrida, quer tenha tomado posição sobre as questões suscitadas no recurso.

Comparando o conhecimento prévio dos autos processuais na Europa continental e América Latina, de um lado, e no sistema anglo-saxão, de outro, Barbosa Moreira destaca que o propósito, nesse último, de evitar tal apreensão antecipada daquele conteúdo, visa justamente evitar a formação de uma imagem, ainda que provisória, dos fatos sobre os quais a causa se fundamenta. Como consequência, evita-se que a ciência prévia traga pré-disposição no julgador de se comportar de modo a confirmar as impressões apressadamente concebidas, em comprometimento da imparcialidade.

Tudo isso condiciona o julgador a adotar, retomando as categorias Bernd Schünemann, acima mencionadas, um olhar de perseverança, apegando-se à imagem que a audiência de conciliação judicial foi capaz de criar no imaginário do julgador. Quando da colheita e do exame de provas, durante o desenvolvimento do processo judicial, o *efeito redundância* vai guiar o juiz para que se apegue justamente a tudo que seja capaz de representar as imagens mentais apreendidas naquele primeiro ato, bem como vai dirigir a atenção do julgador para os fatos que confirmem tais ideias³³⁷.

Assim, não se vislumbra qualquer diferença entre as razões jurídicas que determinam que o rejuízo do processo maculado pela prova ilícita, quando o novo julgamento deve ser produzido pelo tribunal, agora com diferente composição subjetiva, e a

³³⁵ BACELLAR, Roberto Portugal – **Mediação e arbitragem** [Em linha].

³³⁶ LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel – **Código de Processo Civil Anotado**. p. 258.

³³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In GRECO, Luís, Coord. – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 208.

hipótese do juiz enviesado, por participação indevida na sessão autocompositiva, tudo isso fundado nas limitações geradas pela contaminação do julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afinal dizer que, embora os meios alternativos à solução judicial de conflitos não sejam impassíveis de crítica, eles se apresentam como caminhos de sucesso nessa quadra processual, especialmente quando se candidatam como formas capazes de cultivar o consensualismo e de empoderar as partes, possibilitando, dessa maneira, o livre exercício da autonomia da vontade, sendo ainda meios hábeis a alcançar uma resolução autocompositiva para o conflito qualificado como litígio.

Nesse cenário, os ADRs apresentam características – tais como o controlo das partes, os resultados baseados em fatos, o baixo custo e a informalidade – que evidenciam, em primeiro olhar, inegáveis vantagens frente à solução adjudicatória, razão pela qual o próprio processo judicial não pode desprezar a adoção de aberturas procedimentais que fomentem a prática de tentativas de autocomposição, em sede endoprocessual, como se apresenta a conciliação judicial portuguesa.

Embora se observe certa tendência legislativa, em alguns ordenamentos jurídicos de proximidade com Portugal, por também adotarem a acumulação das funções de conciliar e julgar, entregando-as ao mesmo sujeito processual, reflexões mais atuais parecem exigir uma verificação crítica sobre essa verdadeira tradição processual civil, que desafia não só o dogma de não aplicação da confidencialidade à conciliação judicial – fazendo dela uma marca distintiva entre as técnicas conciliatórias e medianeiras –, mas também a necessidade de retomar importante discussão sobre a imparcialidade do julgador, em tal cenário normativo.

Isso porque mais importante do que se manter a distinção classicamente consagrada entre conciliação e mediação – tendo como baliza o sujeito que realiza tais técnicas autocompositivas, de um lado o juiz e de outro o mediador, ou ainda a topografia tradicional em que tais técnicas acham-se situadas, se dentro ou fora do conjunto de atos processuais –, faz-se necessário saber se, no caso da conciliação judicial, como prevista na lei processual civil, ela vem apresentando-se com efetivo potencial de êxito de alcançar a autocomposição, bem como se, da forma como foi estabelecida, macula algum valor irrenunciável da jurisdição.

Nesse primeiro caso, a presença do juiz no ambiente de negociação e acertamento, sujeito processual com a incumbência de apresentar a solução adjudicatória, em caso de tratativas frustradas de solução autocompositiva, é ponto de esvaziamento do festejado *empowerment* das partes, seja por frustrar o processo persuasivo, inerente à qualquer tratativa

negocial, seja por se revelar como ponto de rutura com qualquer espírito de franqueza dos envolvidos, quando sabem que o facilitador da negociação pode conhecer das fragilidades das pretensões dos negociantes.

Nesse passo, somente o distanciamento do julgador daquele ato e a garantia da confidencialidade de tais tratativas poder-se-iam revelar-se como medidas capazes de recrudescer o controlo das partes sobre a conciliação judicial, bem como assim readmitir discussões sinceras, livres e persuasivas em ato autocompositivo, quando este se realiza em via intestina do processo judicial.

Para tanto, modelos processuais que admitem o papel do conciliador judicial, terceiro imparcial e estranho ao julgador, não só promovem a especialização daquela técnica facilitadora da autocomposição, mas ainda garantem efetividade à tentativa de acertamento das partes, sem descuidar que só assim a imparcialidade do julgador é devidamente conservada.

Mazelas detetadas pela doutrina, atenta ao assunto, apontam para as tentativas de conciliação “pró-forma” ou para imposições de acordo pelo juiz presidente da sessão autocompositiva. Esses são alguns exemplos que robustecem a necessidade de rutura com o paradigma do juiz-conciliador.

Não bastasse tudo isso, os estudos de psicologia do processo cognitivo são categóricos ao demonstrarem que a contaminação psíquica do julgador causa assimetrias comportamentais e distorcem o raciocínio do juiz, o que comprometem o hígido exame da causa, representando uma nódoa indelével em desfavor da garantia da imparcialidade.

Embora se reconheçam limitações quanto ao exame da subjetividade do ser humano, tem-se como viável o projeto de construção de um conceito possível de imparcialidade, que envolva não só aspetos das previsões de equidistância subjetiva e objetiva do julgador frente aos elementos da ação, mas que também cuide de identificar hipóteses do próprio procedimento que se apresentem como fatores de enviesamento psíquico do julgador, atento, por exemplo, a fenômenos como *inércia* e *ancoragem*, já pesquisados e catalogados pela psicologia da cognição.

Se informações trazidas nas tratativas de formação de um acordo são capazes de contaminar, de maneira incorrigível, a mente do julgador, conforme evidenciam estudos naquela seara do conhecimento científico, inegavelmente isso não pode ser menosprezado em

nome da conservação de uma tradição processual, ainda que de longa data, exigindo-se a correção dos rumos legislativos.

Isso porque a atividade jurisdicional exige, como valor de legitimação, que a contenda seja resolvida por um terceiro imparcial, premissa sem a qual não se pode falar em confiança social naquele meio de solução de conflito, especialmente por assim arrefecer a garantia da igualdade de partes. Por esta, nutre-se a ideia de que qualquer das partes pode sair vencedora da disputa processual, eis que são capazes de influenciar o julgador, porquanto este último não carrega preconceções acerca dos fatos e não guarda animosidades ou simpatias em relação aos litigantes.

Entretanto, uma mente enviesada guarda um olhar fixo sobre o arcabouço factual que toda causa oferece, impedindo que o exercício do contraditório seja minimamente efetivo, comprometendo-se a igualdade de tratamento das partes em disputa.

No processo justo, faz-se necessário que o juiz desconheça as fontes de prova, como forma de se garantir a imparcialidade do julgador, sem que isso signifique que ele venha a perder qualquer autonomia em relação aos meios de prova, considerando a natureza pública do processo judicial e o interesse coletivo que disso decorre para o descortino da verdade pela via heterocompositiva estatal.

Já a conciliação judicial, em modelo como o português, no qual a presidência do ato é entregue ao próprio juiz, é opção legislativa que sufraga campo fértil para o desvio cognitivo do julgador, não só pela presença daquele magistrado ao ato, mas também quando determina que o juiz deve ser conciliador com atuação ativa e esforçada na consecução de um acordo e registrador de propostas frustradas, mandando anotá-las em ata de audiência de conciliação.

A acumulação indevida de funções proporciona um desvio cognitivo do julgador, já identificado pela *teoria da descontaminação do julgamento*, que trata do reexame do processo maculado pela prova ilícita, contendo razões suficientes para rechaçar qualquer contemporização do fenômeno na esfera do processo civil, considerando que as trilhas mentais que moldam o pensar de um indivíduo não permitem livres redefinições de percepções, muito menos que alguém tenha a capacidade de não ser influenciado por tudo aquilo que os órgãos do sentido foi capaz de depositar na mente consciente ou inconsciente.

Contudo, não se pode imaginar que a solução adotada por aquela teoria, ao preconizar a substituição do julgador que manteve contado com o conteúdo processual enviesante, seja a saída para situações cotidianas, à luz de cada caso concreto, quando se considera a hipótese de conciliações judiciais frustradas, tendo em vista o evidente impacto que isso é capaz de causar na administração do serviço público judiciário.

Assim, resta necessário reconhecer que a norma processual exige reparo urgente, com a implementação de um terceiro imparcial, dotado da devida habilitação técnica para a condução das conciliações judiciais em Portugal, abandonando-se a via da cumulação indevida de funções, e assim entregando-se a um agente público, estranho ao julgador, a tarefa de presidir a sessão autocompositiva de sede endoprocessual.

Dessa forma e clausulado aquele ato pelo *princípio da confidencialidade*, nos moldes da mediação, estar-se-ia não só patrocinando o êxito daquela possibilidade de solução por autocomposição, atendendo-se ao anseio do consensualismo, mas também louvando-se relevantíssima característica voltada à legitimação da jurisdição estatal, qual seja, a previsão de juiz imparcial. Em outras palavras, estar-se-ia desviando o julgador da passagem por uma fase do procedimento que, por tudo que tem sido indiciado nesse trabalho, hoje conta com mais risco à imparcialidade do que com reais vantagens de proporcionar solução do conflito de forma abreviada e consensual.

Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício – **Ética & Retórica**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15816-0.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto – **Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso**. Mexico: UNAM, 1947.
- ALEXANDER, Hamilton – **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. ISBN 85-88466325.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez – Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania, CRESPO, Mariana Hernandez, Coord. – **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. ISBN 978-85-225-0959-1. p. 25-38.
- ALVES, Helena – A resolução alternativa de litígios em Portugal. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. 2016, p. 49-64. ISSN 2237-1168.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito Processual Civil**. 13.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7148-0.
- ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista – A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos. **Revista Fórum de Direito Civil**. Belo Horizonte: RFDC. ISSN 2238-9695. Ano 3, n.º5 (Jan.- Abr. 2014), p. 93-108.
- ANDREWS, Neil – **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Trad.Teresa Arruada Alvim Wambier. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4339-5.
- ARANGUREN, Arturo Muñoz – La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. **Revista Para El Análise Del Derecho** [Em linha]. N°2 (2011), p. 39. [Consult. 11 Dez. 2020]. Disponível em <https://bit.ly/2SPC1Zn>
- _____ – La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. In **Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. p. 777-817. [Consult. 28 Out. 2020]. Disponível em <https://bit.ly/3ydVVO7>

- AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona – **Derecho Jurisdiccional - Parte General**. 23^a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. ISBN 978-84-9119-170-4.
- ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In DIDIER JR., Fredie, Coord. – **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 353-362. ISBN 978-85-7761-308-3.
- BACELLAR, Roberto Portugal – **Mediação e arbitragem** [Em linha]. São Paulo: Saraiva, 2012. [Consult. 06 Mai. 2020]. Disponível em <https://bityli.com/klbhb>
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd].[Consult. 06 Mai. 2020]. Disponível em <https://bit.ly/3uSHHQC>
- BARRETO, Ireneu Cabral – **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6193-1.
- BARRETT, Jerome T – **A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement**. San Francisco: John Wiley & Sons, 2004. ISBN 0-7879-6796-3.
- BASTOS, Susana Filipa Pereira – **Arbitragem Necessária**. [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. [Consult. 28 Fev. 2018]. Disponível em <https://bit.ly/3bO1klx>
- BOTELHO, Guilherme – Os poderes processuais do juiz em perspectiva comparada. **RePro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ISSN 0100-1981.Vol. 243 (Maio 2015), p. 483-504.
- BRANCO, Carlos Castello – **A prova ilícita: verdade ou lealdade?** Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-9872-40-7555-6.
- BRANDÃO, Junito de Souza – **Mitologia Grega**. Petrópolis: Vozes, 1986. ISBN 9788532604071.
- BRUNET, Edward; CRAVER, Charles b.; DEASON, Ellen e. – **Alternative Dispute Resolution: The Advocate's Perspective**. Durham: Carolina Academic Press, 2016. ISBN 978-1-6328-1545-3.

- BULFINCH, Thomas – **O livro de ouro da mitologia: história de deuses e heróis**. Trad. David Jardim. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. ISBN 978.85.00.02590-7.
- CABRAL, Antonio – Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais . ISSN 0100-1981. Ano 32, nº 149 (Julho 2007), p. 339-364.
- CADIET, Loïc – **Perspectivas sobre o sistema de justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. Trad. Daniel Mitidiero et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7300-2.
- CALAMANDREI, Piero– **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pílares, 2013. ISBN 978-85-8183-016-2.
- CALMON DE PASSOS, J. J. – **Ensaio e artigos**. Fredie Didier JR.; Paula Sarno Braga, Org. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0923-3.
- _____ – **Revisitando o Direito, o Poder, A Justiça e o Processo**. Salvador: Juspodivm, 2013. ISBN 9788577616404.
- CAMPOS, Joana Paixão – **A Conciliação Judicial** [Em linha]. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2009. [Consult. 23 Jan. 2018]. Disponível em <https://bit.ly/3fmjwDz>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- _____ – **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. ISBN 972-662-656-0.
- CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. ISBN 9788588278271.
- _____ – **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. ISBN 978-8588278288.
- _____ ; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. ISBN 978-8588278295.
- CARNELUTTI, Francesco – **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiafo Melendo. 5.^a ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1950.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan – **Imagens da imparcialidade entre o Discurso**

- Constitucional e a Prática Judicial.** São Paulo: Almedina, 2017. ISBN 978-85-8493-247-4.
- CARVALHO, Joana Campos – A função de conciliação do juiz nos conflitos civis e comerciais. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-989-8908-43-8. p. 09-51.
- CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva – **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais.** Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2012. ISBN 978-85-375-1210-4.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, A.da Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo.** 30.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. ISBN 978-85-392-0225-6.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca – **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.** Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2224-9.
- COSTA, Patrícia – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. **Julgar.** Lisboa: Almedina. ISSN 1646-6853. Nº 31 (Jan.- Abr. 2017), p. 161 -196.
- COSTA, Patrícia Helena – A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé. In **A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-989-8908-43-8. p. 77-110.
- COUTURE, Eduardo J. – **Fundamentos del derecho procesal civil.** 4.^a ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. ISBN 9871089058.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de – **Lições de história do processo civil lusitano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978852033515-4.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da – **Notas sobre ADR, confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível.** [Em linha].[sl]: [sn], 2014. [Consult. 06 Mar.2018]. Disponível em <https://bit.ly/3hv4iPb>
- DAMÁSIO, António R. – **E o cérebro criou o homem.** Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. ISBN 978-85-359-1961-1.

- DIDIER JR, Fredie – **Curso de Direito Processual Civil**. 17.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. ISBN 978-85-442-0353-8.
- EAGLEMAN, David – **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. ISBN 978-85-325-2712-7.
- ENGLISH, Birte – Blind or Biased? Justitia’s Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations. **Law & Policy**. [sl]: [sn]. ISSN 0265-8240. N° 04, vol. 28, (Out. 2006), p. 497-514.
- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa – **Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5351-6.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães – O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ISSN 2182-7567. Ano 3, nº 4, (2014), p. 2717-2752.
- FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez – **La contaminación procesual: el derecho al juez imparcial**. Granada: Editorial Comares, 2000. ISBN 84-8151-982-0.
- FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-2003-1955-6.
- FERRARI, Francesca – The Judicial Attempt at Conciliation: the New section 185-bis of the Italian Code of Civil Procedure. **Russian Law Journal** [Em linha]. N°3 (2014), p. 80-95. [Consult. 06 Out. 2020]. Disponível em <https://bit.ly/3tT68fi>
- FESTINGER, Leon – **A Theory of Cognitive dissonance**. Stanford: Stanford University Press, 1957. ISBN 9780804709118
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; BRANDÃO, Nuno – **Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal** [Em linha]. Coimbra: UC, 2015. [Consult. 05 Jan. 2021]. Disponível em <https://bit.ly/33KZUnn>
- FISS, Owen – Contra o acordo. In **Um novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 85-203-2589-0. p. 121-168.
- FOUCAULT, Michel – **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. ISBN 85-85936-

FRADE, Catarina – A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha]. N.º 65 (2003), p. 107-128. [Consult. 24 Jan.2018]. Disponível em <https://bityli.com/SgWem>

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano – **A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. ISBN 9788575255629.

FRÉDÉRIC, Bluche; STÉPHANE, Rials; TULARD, Jean – **Revolução Francesa**. Trad.Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. ISBN 9788525418678.

FREITAS, Juarez – A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris. ISSN 2358-2480. Ano 40, N° 130 (Jun. 2013), p. 223-244.

FRIEDE, Reis – **Vícios de capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista)**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. ISBN 85.309.0371-4.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. – **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. São Paulo: Método, 2018. ISBN 978-85-309-8156-3.

GARAPON, Antoine – **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. ISBN 972-771-073-5.

GARCIA, Maria Olinda – Mediação em direito civil e comercial - Notas sobre o regime português. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**. Belo Horizonte: Fórum. ISSN 2238-9695. Ano 5, nº 13 (Set. 2016), p. 203-216.

GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de – **Código de Processo Civil Anotado: Código de Processo Civil Anotado**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 9789724083162.

GIMENO SENDRA, Vicente Gimeno – **Derecho procesal civil - I. El proceso de declaración**. 3.^a ed. Madrid: Editorial Constitución y Leyes (Colex), 2010. ISBN 978-8483422298.

GOLDBERG, Stephen B.; et al. – **Dispute Resolution: negotiation, mediation, arbitration, and Other Processes**. 6.^a ed. New York: Wolters Kluwer - Law & Business, 2012. ISBN

978-1-4548-2291-2.

GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-5570-1.

_____; et al. – **Justiça Económica em Portugal** [Em linha]. Lisboa: Guide, 2012. [Consult. 24 Jan.2018]. Disponível em <https://bit.ly/2RZCPdK>

GRECO, Luís – **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. ISBN 978-65-86696-05-9.

HARARI, Yuval Noah – **Uma breve história da humanidade: sapiens**. 7.^a ed. Porto Alegre: L&PMP Editores, 2015. ISBN 978-85-254-3218-6.

HOBBS, Thomas – **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Trad.Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2011. ISBN 978-85-7232-816-6.

_____. – **Leviatã**. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014. ISBN 978-85-440-0001-4.

IGREJA MATOS, José – O juiz e o processo civil: contributo para um debate necessário. **Revista Julgar** [Em linha]. N.º 2 (2007), p. 87-106. [Consult. 24 Jan.2018]. Disponível em <http://bit.ly/2GoayVf>

JUSTO, A. Santos – A arbitragem no direito romano: breve referência ao Direito Português. In MARQUES, Armando Guedes; et al., Coord. – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Vol 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2120-6. p. 675-701.

KAHNEMAN, Daniel – **Rápido e devagar**. Trad.Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. ISBN 978-85-390-0383-9.

KIRTLEY, Alan – Mediation Privilege Mediation Privilege’s Transition from Theory to Implementation: o Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest, The. **Journal of Dispute Resolution** [Em linha]. N.º 1 (1995), p. 01-53. [Consult. 06 Out.2020]. Disponível em <https://bit.ly/3uTfU2x>

LEAL, Stela Tannure – Prova relevante x “cognição suficiente”: da necessidade de reconstrução de conceitos em matéria probatória para emersão do contraditório como

- influência. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ. ISSN 1982-7636. Ano 8, nº 13 (Jun. 2014), p. 797-834.
- LEBRE DE FREITAS, José – **A ação declarativa comum**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2195-4.
- _____; ALEXANDRE, Isabel – **Código de Processo Civil Anotado**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-32-2278-4.
- LESSA NETO, João Luiz – **Produção autônoma de provas e processo comparado**. Londrina: Thoth, 2012. ISBN 978-65-8600-99-4.
- LIMA, Danilo Pereira – **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2403-8.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – **A lei de mediação comentada**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6755-1.
- LOPES, José António Mouraz – **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 97232-1299-4.
- LUHMANN, Niklas – **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto – Mitos e ideologias constitucionais. Reflexão sobre a “neutralidade” do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. São Paulo: ESDC . ISSN 1678-9547. Ano 6, nº6 (Dezembro 2005), 313-348.
- MACHETE, Pedro – O controlo do princípio da igualdade segundo a fórmula da «igualdade proporcional». In AMARAL, Maria Lúcia; BETTENCOURT, Selma Pedroso, Coord. – **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramo**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6578-6. p. 447-487
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7241-8.
- MEDINA, José Miguel Garcia – **Novo Código de Processo Civil**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5942-6.
- MENEZES, Paulo de Tarso Duarte; SILVA, Vitória Souza da – Conciliação judicial: reflexão

- luso-brasileira sobre o papel do juiz. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, RS: Editora Plenum. ISSN 1807-6017. Ano 16, nº 92 (Mar. 2020), p. 109-124.
- MERTON, Robert King – **Social Theory and Social Structure**. New York: Free Press, 1968. ISBN 9780029211304.
- MITIDIERO, Daniel – **A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil** [Em linha]. [sl]: [sn], 1995. [Consult. 15 Dez.2018]. Disponível em <https://bit.ly/3w85vjG>
- MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7965-3.
- MORAIS, José Luís Bolzan de; SILVERIA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o Direito. In WARAT, Luís Alberto, Coord. – **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Florianópolis: EMorada, 2018. ISBN 978-85-94142-05-8. p. 71-97.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa – Reflexões Sobre a Imparcialidade do Juiz. **Carta mensal**. [sl]: [sn]. Ano 44, nº 518 (Maio 1998), p. 13-26.
- _____ – **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04527-X.
- _____ – **Temas de Direito Processual: quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989. ISBN 85-02-00525-1.
- MORGADO, Pedro Trigo – **A admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. Lisboa: Petrony Editora, 2016. ISBN 978-972-685-232-2.
- NADER, Laura – Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: ANPOCS. ISSN 0102-6909. Ano 9, nº 26 (Out.1994), p. 18-29.
- NADER, Laura – **Harmony ideology: justice and control in a Zapotec mountain**. Stanford: Stanford University Press, 1993. ISBN 0-8047-1809.
- OAKES, Anne Richardson; DAVIES, Haydn – Justice must be seen to be done: a contextual reappraisal. **Adel Law Rev** [Em linha]. Nº 37 (2016), p. 461-494. [Consult. 28 Nov.2020]. Disponível em <https://bit.ly/3fqLLRu>
- OGoola, James – **Applicability of the Bangalore Principles to the Ugandan judiciary as a tool for improving judicial ethics and accountability** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd].

- [Consult. 04 Jun.2019]. Disponível em <https://bit.ly/31Mp82l>
- OVÍDIO, Batista – **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN 9788530923631.
- PERELMAN, Chaïm – **Ética e direito**. Trad.Maria Ermanita Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0521-8.
- PESSOA VAZ, Alexandre Mário – **Direito Processual Civil: do antigo ao Novo Código**. Lisboa: Almedina, 1998. ISBN 9789724010922.
- _____ – **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**. Coimbra: Coimbra, 1977.
- PIMENTA, Paulo – **A fase do saneamentos do processo antes e após a vigência dos novo Código de Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1965-9.
- PINTO, Paulo Mota – A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”. In RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira, Coord. – **O Tribunal Constitucional e a crise : ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5704-0. p. 133-181.
- PIRES, Alex Sander Xavier – **Justiça na perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-3-4.
- POSNER, Michael – **Cognição**. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980. ISBN 85-201-0123-2.
- RAWLS, Jonh – **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0681-8.
- REGLA, Josep Aguiló – Aplicação do direito, independência e imparcialidade. **Novos Estudos Jurídicos** [Em linha]. Nº 3 (2011), p. 228-240. [Consult. 22 Fev.2021]. Disponível em <https://bit.ly/3w4nNlM>
- RICOUEUR, Paul – **O justo 1**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. ISBN 978-85-7827-015.
- RITTER, Ruiz Daniel Herlin – **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**[Em linha]. Porto Alegre: [sn], 2016. Consult. 22 Fev.2021]. Disponível em <https://bit.ly/3eS3hiB>
- ROCHA, José Albuquerque – **Teoria geral do processo**. 10.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5441-9.

- RODRIGUES, Fernando Pereira – **Noções fundamentais de processo civil**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6085-9.
- SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos – A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 1415-5400. Ano 23, nº 117 (Dez. 2015), p. 203-240.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Eleitão; PEDROSO, João – **Os tribunais nas sociedades contemporâneas** [Em linha]. Coimbra: [sn], 1995. Consult. 08 Ago. 2020]. Disponível em <https://bit.ly/2RVvGLC>
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio – **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018. ISBN 978-85-309-7996-6.
- SCHÜNEMANN, Bernd – O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In GRECO, Luís, Coord. – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. ISBN 978-85-66722-05-5. p. 205-221.
- SILVA, Artur Flamínio da; MONTEIRO, António Pedro Pinto – Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional. **Revista de Direito Civil**. Coimbra: Almedina. ISSN 2358-1433. Ano I, nº 3 (2016), p. 701-722.
- SILVA, Érica Barbosa e. – **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. ISBN 978-85-66025-13-2.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista – O contraditório nas ações sumárias. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. ISSN 1980-2374. Ano 2, nº 2 (Jul – Dez 2001), p. 205-242.
- SILVA, Paula Costa e. – **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-409-9.
- SMITH, David Nathan – A warmer way of disputing: Mediation and conciliation. **American Journal of Comparative Law** [Em linha]. Nº 26 (1978), p. 205-216. [Consult. 22 Fev.2021]. Disponível em <https://bit.ly/3y97YMu>

- SOUSA, Luís Filipe Pires de – O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação. **Julgar** [Em linha]. Nº 23 (2014), p. 319-337. [Consult. 27 Fev.2018]. Disponível em <https://bit.ly/3ojVvkL>
- SOUSA, Miguel Teixeira de – **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa: Lex, 1997. ISBN 972-9495-55-6.
- SOUZA, André Pagani; et al. – **Teoria geral do processo contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-01137-1.
- SOUZA, Artur César de – **A imparcialidade positiva dos juiz**. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN 978-85-8493-281-8.
- STÖBER, Micheal – Os meios alternativos de solução de conflitos no Direito Alemão e Europa: desenvolvimento e reforma. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Ano 40, nº 244 (Jun. 2015), p. 361-380.
- TARUFFO, Michele – **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-14-7.
- _____ – **El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva**. Bogotá: Editora Temis, 2008. ISBN 9789583506758.
- _____ – **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. ISBN 978-84-87827-30-3.
- _____ – Un' alternativa a las alternativas: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. Jacarezinho: UENP. ISSN 1676-2800. Ano 7, nº 7, (Dez. 2008), p. 257-270.
- _____ – **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. ISBN 978-607-708-179-1.
- TEDOLDI, Alberto – Iudex statutor et iudex mediator : proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**. [sl]: [sn]. ISSN 0035-6182. Ano 70, nº 4 (2015), p. 983-1006.
- UBERTIS, Giulio – **Elementos de epistemologia del proceso judicial**. Milano: Trotta, 2017. ISBN 978-84-9879-689-6.

UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC) – **General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial**. Geneva: [sn], 2007. (Relatório n. CCPR/C/GC/32). [Consult. 15 Dez. 2019]. Disponível em <https://bit.ly/2uCO1Sd>

VARGAS, Carlos Adolfo Picado – El Principio de Imparcialidad del Juez. Concepto e implicaciones. **Revista de Iudex** [Em linha]. N° 2 (2014), p. 34-62. [Consult. 29 Out.2020]. Disponível em <https://bit.ly/3tRANcY>

WARAT, Luis Alberto – Ecologia, psicanálise e mediação. In WARAT, Luis Alberto, Coord. – **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Florianópolis: EMorada, 2018, p. 17-61. ISBN 978-85-94142-08-5.

WEISS, Raquel – Max Weber e o problema dos valores: as justificativas para a neutralidade axiológica. **Revista de Sociologia e Política** [Em linha]. N° 49 (2014), p. 113-137. [Consult. 06 Out.2020]. Disponível em <https://bit.ly/3bvrIjS>

WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. – Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. **Cornell Law Faculty Publications** [Em linha]. N° 153 (2005), p.1251-1343. [Consult. 30 Nov.2020]. Disponível em <https://bit.ly/2SM1z9M>

WOLKMER, Antonio Carlos – **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8703-9.

OFFICE ON DRUGS AND CRIME – **Commentary on the Bangalore principles of judicial conduct** [Em linha]. Viena: United Nations, 2007. [Consult. 16 Dez. 2020]. Disponível em <https://bit.ly/341M4ND>

Fontes documentais

CODICE di procedura penale. Articolo 36. [Em linha]. [Consult. 30 Out. 2020]. Disponível em <https://bityli.com/qgXja>

DIRETIVA/2008/52/CE. **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mar.2018]. Disponível em <https://bityli.com/1GY0b>

DECRETO-LEI n.º 29/2013. **Diário da República, Série I**, N°77 (19-04-2013), p. 2278-2284.

LEI n.º 78/2001. **Diário da República, Série I-A**, N°78 (13.07.2001), p. 4267-4274.

LEI n.º 13.105/2015, de 15 de março: Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União, Série I** [Em linha]. N.º 51 (15-03-2015), p. 01-51. Disponível em <https://bityli.com/wiGOZ>

LEY de Enjuiciamiento Civil [Em linha]. [Consult. 30 Out. 2020]. Disponível em <https://bityli.com/Ip8QO>

MENDES, Oliveira Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal com o n.º 36/09.6GAGMR.G1-A.S1, de 10 março de 2010. [Em linha]. [Consult. 25 Abr. 2019]. Disponível em <https://bit.ly/2X0mAKA>.

RESOLUCIÓN do Tribunal Constitucional. STC 11/2000 (Recurso de amparo 3450/97). [Em linha]. [Consult. 26 Jan. 2021]. Disponível em <https://bit.ly/33LDEcL>

ZPO: Zivilprozessordnung. **Bundesgesetzblatt (BGBl., Federal Law Gazette)** [Em linha]. Disponível em <https://bityli.com/g0VWM>