

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO INTRA-JUDICIAIS: UM DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS INGLÊS, BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Nelson Antonio Daiha Filho

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A mediação e a conciliação¹ são meios de resolução alternativa de conflitos² que permeiam a atividade humana de há muito³ e que têm por finalidade servirem (i) de instrumentos para a redução do alto índice de litigiosidade atualmente existente⁴ e, mais do que isso, (ii) de verdadeiros fios condutores para o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, o resgate da dignidade dos indivíduos, a pacificação social e a realização da justiça.

Ademais, outras vantagens podem advir da aplicação dos aludidos métodos de solução consensual de controvérsias, a exemplo da celeridade processual, da redução dos custos envolvidos com o respectivo procedimento e da ausência de formalismo e rigidez de sua tramitação⁵.

No presente trabalho de investigação, atentos à nova significação e missão do *processo*⁶, analisaremos as chamadas *mediação e conciliação intra-judiciais*, promovendo,

¹ O presente estudo se concentrará apenas na mediação e conciliação nos âmbitos civil e comercial.

² Os demais MRAC - autocompositivos ou heterocompositivo - não serão objeto de análise no presente trabalho.

³ Sobre a evolução histórica dos MRAC, veja-se CEBOLA, Cátia Marques, *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 32-40.

⁴ Apenas a título exemplificativo, restaram pendentes de julgamento no Poder Judiciário português, no ano de 2017 e em números absolutos, 988.688 processos, disponível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Tribunais+Judiciais+processos+entrados++findos+e+pendentes-247> (10.12.2018), a serem apreciados por 1.771 magistrados judiciais, disponível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Magistrados+judiciais+total+e+por+sexo-1703> (10.12.18). No Brasil, os números são ainda mais alarmantes: 80,1 milhões de processos que recaem sobre 18.168 juízes. *Justiça em números 2018 ano-base 2017*, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2018, pp. 65 e 73. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> (10.12.2018)

⁵ No que tange especificamente à flexibilidade do procedimento de mediação, vide CAPELO, Maria José, “La médiation, une autre voie de justice au Portugal?”, in *New Development in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Carlos Esplugues / Louis Marquis, Springer, Heidelberg, 2015, p. 550.

⁶ Para THEODORO JÚNIOR. Humberto, “Processo justo e contraditório dinâmico”, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, São Leopoldo, 2010, p. 65, “O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo ‘não se resume a regular o acesso à justiça, em

em sede de direito comparado, um *diálogo* entre os sistemas jurídico-processuais inglês, brasileiro e português.

Ab initio, para melhor compreensão da matéria, traremos à lume a contextualização da *mediação em fase judicial* nos aludidos sistemas, destacando, respetivamente, (i) a revolução das *CPR* no processo civil inglês, (ii) o excesso (e o conflito) de normatização no direito brasileiro, e (iii) a timidez (ou inteligência) do legislador português.

Pari passu, ingressaremos na seara de apreciação da roupagem do instituto da *conciliação pelo juiz*, através do cotejo dos arts. 359 do CPCB e 494.º do CPCP, regulamentadores da matéria nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português⁷.

Tal arcabouço teórico servirá de supedâneo para mergulharmos na análise crítica dos *poderes (ou deveres?) do juiz nos âmbitos da mediação e conciliação intra-judiciais*, sufragados na legislação processual civil da Inglaterra, de Portugal e do Brasil, permitindo-nos, em sede de problematização, formular algumas questões reflexivas sobre o tema, especialmente a respeito do papel do *juiz conciliador* à luz do *princípio da cooperação*.

Por derradeiro, como ápice do diálogo ora empreendido, concluiremos o presente trabalho descortinando as similitudes e diferenças constantes das molduras legais dos sistemas jurídicos ora invocados, a merecer ponderação e estudo por parte dos operadores do direito.

1. A MEDIAÇÃO EM FASE JUDICIAL

O mecanismo da mediação em fase judicial encontra albergue e se reveste de importância ímpar nos sistemas jurídicos inglês, brasileiro e português, de cuja contextualização e destaque dos seus principais aspectos trataremos, de forma individualizada, nas linhas a seguir tracejadas.

sentido formal”, sendo “sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva”. Por sua vez, OLIVA SANTOS, Andrés de la, “Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil”, in *Revista Jus et Pax*, Año 18, n.º 2, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 2012, p. 245, concebe o processo “como un instrumento ineludible de la Jurisdicción, cuya finalidad esencial no es resolver controversias o conflictos, sino decir el Derecho ante casos concretos, pequeños trozos de historia humana”.

⁷ O mecanismo da conciliação em fase judicial no processo civil inglês não será apreciado neste relatório, em razão de sua pequena relevância teórica e aplicação prática.

1.1. A REVOLUÇÃO DAS CPR

A implementação das CPR consagrou verdadeira *revolução* no processo civil inglês, mormente porque suprimiu dos advogados e passou a outorgar aos juízes o controle, a condução, a organização, enfim, a gestão dos processos⁸, do que resultou uma perda de interesse no sistema adversarial e uma conseqüente valorização do sistema inquisitorial⁹.

Antes da vigência do aludido Diploma, foram enviados esforços no sentido de identificar os *principais problemas* do judiciário inglês, tendo sido então reconhecidos, dentre outros, (i) o alto custo processual em relação ao montante debatido na causa, (ii) a morosidade na conclusão do processo, e (iii) a inexistência de igualdade entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais¹⁰.

Hodiernamente, a fim de mitigar os referidos obstáculos, o juiz e as partes devem respeitar o chamado *overriding objective*, a sufragar verdadeiros *princípios norteadores* do processo, devidamente encartados na *Rule 1.1* das CPR¹¹, cujos elementos principais são “(i) *truth*, (ii) *proportionality*, and (iii) *expedition*”¹² e que estabelece, como preocupação primária dos tribunais, a missão de “*doing justice*”¹³.

⁸ ZUCKERMAN, Adrian, *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013, p. 5.

⁹ Os poderes atribuídos ao juiz inglês serão analisados, com maior profundidade, em momento posterior do presente trabalho.

¹⁰ ZUCKERMAN, Adrian, op. cit., p. 5. Acrescenta o autor que “*The main defect of the old system, Lord Woolf found, was that it allowed litigants to use as many of the court’s resources as they desired. It tolerated litigant failure to comply with the rules, especially those concerning time limits. It encouraged procedural complexity that required practitioners to master an ever-growing volume of case law. It tolerated wasteful satellite litigation on matters of procedure rather than substance. Not least, it created considerable scope for running up high and unpredictable litigation costs without necessarily contributing to the quality of outcomes. Clearly, these defects could be attributed to poor management of the litigation service*”.

¹¹ Estatui a mencionada regra, *in verbis*: “*1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders*”. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01> (12.12.2018).

¹² Para maior aprofundamento acerca dos elementos do *overriding objective*, vide ZUCKERMAN, Adrian, op. cit., pp. 11-23.

¹³ SIME, Stuart, *A practical approach to civil procedure*, Sixteenth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 37, assinala que “*The main concept in CPR, r 1.1(1), means that the primary concern of the court is doing justice. This involves dealing with the real case of both sides to the dispute, and wherever possible deciding the case on the merits. This is tempered by the second element of r 1.1(1) that justice must be achieved at proportionate cost. There will therefore be cases which are dismissed for procedural default,*

Eis que, nesse cenário de profundas mudanças, a *mediação* emerge como um dos importantes mecanismos erigidos na legislação para minimizar o impacto dos principais problemas detectados no sistema inglês, além de servir de instrumento para viabilizar o alcance dos objetivos fundamentais acima mencionados.

Os benefícios da utilização de tal meio alternativo são dissipados na doutrina inglesa, a exemplo da capacidade de juntar os oponentes com a visão de alcançar uma solução mutuamente acordada para as suas disputas¹⁴.

Além disso, o incentivo ao uso da mediação após a implementação das CPR já está a produzir efeitos positivos, especialmente porque os advogados já preferem o recurso a tal mecanismo, em detrimento da provocação ao tribunal¹⁵. Tal preferência é resultado do reconhecimento da necessidade (i) de reduzir os riscos de uma eventual decisão imposta pela *Court*, sem prejuízo (ii) do considerável aumento dos custos, desproporcional ao próprio valor da causa¹⁶, pelo que merece que tenha o indispensável engajamento e consequente apreciação por parte dos cidadãos¹⁷.

Restam evidenciadas, portanto, as profundas alterações encetadas pelas CPR, a merecer especial destaque as que se referem à importância da utilização da *mediação* no bojo do procedimento judicial, como forma de solução consensual de conflitos.

1.2. O “EXCESSO” LEGISLATIVO DO BRASIL E A (NOVA) DECISÃO DE ARQUIVAMENTO

A mediação recebeu peculiar (e curioso) tratamento por parte do legislador brasileiro. Isso porque, em curtíssimo espaço de tempo, tal método foi disciplinado em dois

because the courts are not there to provide justice at any price. Parties have to cooperate with the courts in achieving the overriding objective”.

¹⁴ Esse é o entendimento de PRINCE, Susan, “ADR after the CPR: have ADR initiatives now assured mediation an integral role in the civil justice system in England and Wales?”, in *The civil procedure rules ten years on*, Déirdre Dwyer (Editor), Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 340, ao asseverar que “*It gives the parties to proceedings an opportunity to decide for themselves, with the help of a neutral third party, how best to reach agreement about a dispute: whether to reach agrément, and if an agreement is reached, how the terms of the agrément should be expressed. This process does not stand apart from the legal system but is integrated into its procedures through a variety of means incorporated into, and accompanying, the CPR*”. No mesmo sentido, SIME, Stuart, op. cit., p. 110, frisa que “*mediation can assist the parties in focusing on the issues that are causing the problem, which in turn can help them in reaching an agrément either of the whole dispute, or in relation to aspects of the dispute. If they do not reach an overall compromise, litigation is available to decide the unresolved matters*”.

¹⁵ PRINCE, Susan, op. cit., p. 328.

¹⁶ Ibid., p. 340.

¹⁷ Ibid., loc. cit., assinala que “*In the future, the benefits of mediation can only be further appreciated if public awareness is raised; mediation is integrated into the legal system; and furthermore, the complex and challenging issues which are raised in order to do this are fully addressed*”.

importantes diplomas legais, quais sejam, (i) a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (LMB)¹⁸ e (ii) a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (CPCB)¹⁹, esta última a estimular, de forma pioneira, a solução consensual dos conflitos, inserindo-a, inclusive, no rol das “Normas Fundamentais do Processo Civil”²⁰.

Essa flagrante *intensidade legislativa* acabou por provocar a necessidade de contínuo *diálogo* entre os aludidos regramentos, notadamente em função da existência de matérias *conflitantes* ou *complementares*, a exigir acuidade por parte do intérprete em relação à compatibilização dos comandos legais incidentes.

No tocante à matéria ora enfrentada, FERNANDA TARTUCE ressalta que “embora haja semelhanças nos regramentos, há também diferenças entre previsões normativas sobre o mesmo tema”, razão pela qual “Para abordar a diversidade legislativa, considerar simplesmente a revogação e/ou a derrogação tácitas não é suficiente; adotar critérios de anterioridade e especialidade enseja mais confusões do que esclarecimentos”. Nesse sentido, “com base na teoria do diálogo das fontes pode-se reconhecer a subsunção concomitante do CPC/2015 e da Lei de Mediação” e, em caso de dúvida quanto à aplicação de normas de uma ou outra lei, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação (...)”²¹.

¹⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm (10.12.2018).

¹⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/113105.htm (10.12.2018). No CPCB, vários dos seus comandos normativos (arts. 334, 565 e 695, por exemplo) também se destinam à conciliação. A distinção entre ambos métodos está consignada nos §§ 2.º e 3.º do art. 165, competindo ao conciliador atuar “preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, podendo “sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”. Por outro lado, o mediador atuará “preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, além de auxiliar os interessados “a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

²⁰ Reza o art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPCB: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Para DIDIER JR., Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1, 18.ª ed., JusPodivm, Salvador, 2016, p. 272, o CPCB consagra o “princípio do estímulo da solução por autocomposição”, o qual orienta toda atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

²¹ TARTUCE, Fernanda, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 578.

Um nítido exemplo desse “*excesso*” legislativo brasileiro – e da consequente colisão entre diplomas legais - é a chamada *decisão de arquivamento do processo*, insculpida no art. 28, parágrafo único, da LMB²².

Da simples leitura da norma em comento, depreende-se que, em havendo o silêncio das partes após a ultimação do acordo, competirá ao juiz tão somente a “determinação do arquivamento do processo”. Outrossim, apenas se as partes *expressamente requererem*, do que se torna exigível uma conduta *ativa* por parte de ambas, o magistrado irá “homologar o acordo por sentença”.

A surpreendente redação do dispositivo supratranscrito faz emergir, inegavelmente, uma *nova categoria processual de decisão* no sistema jurídico brasileiro!

Isso porque, a despeito de *pôr fim* à cognição, a mesma não se caracteriza como *sentença*, à luz do CPCB, visto que não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 485, alusivas às *decisões sem resolução de mérito*, muito menos naquelas insculpidas no rol do art. 487, concernentes às *decisões com resolução de mérito*.

Noutro giro, cura repisar que a decisão de arquivamento não se subsume à qualificação como *decisão interlocutória*, justamente porque o ato do juiz que a determina *extingue o processo*.

Mister se faz assinalar, nessa diretiva, que questões como (i) qual o eventual recurso cabível contra a aludida decisão, (ii) se as mesmas serão apreciadas para fins de dados estatísticos do Tribunal, (iii) se haverá a consequente baixa no sistema de processamento de dados (e, em caso positivo, a que título) do respectivo processo, e (iv) se o processo ficará ainda em aberto, dentre outras, ainda não apresentam respostas nas fontes do direito brasileiro.

Insta ressaltar que o *animus* do legislador foi provavelmente o de respeitar a *confidencialidade*²³ (art. 166, *caput*, do CPCB e arts. 2.º e 30, da LMB), um dos princípios norteadores que devem permear todo o procedimento de mediação. Ocorre que, ainda

²² Eis a dicção do dispositivo legal: “Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que *determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo*, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo”. (destaques nossos)

²³ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso, *Lei da mediação comentada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 46, gizam que “O princípio da confidencialidade da mediação tem duas implicações. *Por um lado*, o dever de sigilo do mediador, *quer* na sua dimensão externa à mediação (o mediador não pode utilizar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento tenha obtido por força do procedimento de mediação), *quer* na sua dimensão interna (o mediador não pode transmitir às outras partes as informações que lhe tiverem sido prestadas a título confidencial por um dos mediados”.

assim, tal preocupação poderia ser satisfeita através de simples pedido formulado pelas partes ao juiz, no sentido de conferir *segredo de justiça* aos termos do citado acordo.

A doutrina também caminha nesse sentido, ao apontar que o dispositivo legal “apresenta atecnia ao prever que, havendo acordo, o magistrado determinará o arquivamento do processo”, tendo em vista que, em verdade, “caberá ao magistrado encerrar o processo mediante a prolação de sentença e não meramente determinar o arquivamento dos autos”²⁴.

A exigência de homologação do acordo foi justamente o que restou consagrado no CPCB²⁵, a evidenciar, como já externado, manifesto *conflito* entre as duas normas processuais.

A questão reflexiva que se coloca é: como compatibilizar *in casu* os comandos legais vigentes? Doutrinadores de escol, a exemplo de ADA PELLEGRINI GRINOVER, têm sustentado o entendimento de que, em face da *especialidade* quanto à matéria e em função de sua *posterioridade*, há a *prevalência* da LMB sobre o CPCB²⁶.

Ora, a despeito de concordarmos com a abalizada doutrina no que pertine à especialidade da LMB sobre o CPCB, não teria este último melhor regulamentado, à luz da construção sistemático-teórica do ordenamento jurídico brasileiro, a matéria sob comento? Não se trataria de *falta de técnica legislativa*, a merecer a devida *correção* no plano legislativo, tendo por escopo se igualar à regra genérica codificada, sob pena de confundir, ainda mais, a atividade do operador do direito? Ou, em suma, ansiou o legislador realmente por fazer emergir uma *nova categoria processual de decisão*?

O conflituoso exemplo acima invocado apenas denota, no nosso sentir, o afã, a desatenção e o descompromisso do legislador na regulação de tão caro instituto do direito adjetivo civil brasileiro.

1.3. A TIMIDEZ (OU INTELIGÊNCIA?) DO LEGISLADOR PORTUGUÊS

²⁴ HILL, Flávia Pereira [*et al.*], “Procedimento”, in *O Marco Legal da Mediação no Brasil*, Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral (org.), Atlas, São Paulo, 2015, p. 184.

²⁵ Prescreve o art. 334, § 11.º, do CPCB, *ad litteram verbis*: “A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, “O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades”, in *Publicações da Escola AGU*, Brasília, 2016, disponível em <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-eevolu%C3%A7%C3%A3o.pdf> (12.12.2018), pp. 5-6.

O direito lusitano também disciplina a mediação realizada em *fase judicial*, como resultado da autorização prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2008/52/CE²⁷. No âmbito interno, a matéria está regulada tão somente no art. 273.º do CPCP²⁸, do que se deflui ter havido, por parte do legislador, uma intervenção muito menor sobre a matéria do que a intensa (e excessiva) regulamentação, anteriormente apreciada, existente no direito brasileiro.

A destinação de apenas um artigo de lei à disciplina da mediação realizada em fase judicial deixa transparecer, ao operador do direito, que o processo civil português não conferiu ao mecanismo a *devida e indispensável atenção*.

O fato é que a regra sob comento representa, na prática, verdadeiro mecanismo de *gestão processual* por parte do juiz²⁹, em evidente consonância com os objetivos e missão do processo civil contemporâneo.

Assinale-se que o n.º 1 do citado artigo se coaduna com o *princípio da voluntariedade*³⁰, tão caro à mediação, visto que, se *uma das partes* não concordar, o procedimento sequer é instaurado. Convém, porém, aplaudir a forma como a redação foi construída: a atitude ou iniciativa, no particular, deve partir do próprio juiz, segundo um *princípio geral de conveniência*³¹, não se realizando, portanto, *tão somente* se vier a ser *manifestada recusa* por uma das partes, ou seja, se sobrevier um *comportamento ativo*, em contraposição à iniciativa do magistrado. Isso porque o dispositivo não exige a “prévia

²⁷ “O tribunal perante o qual é proposta uma acção pode, quando tal se revelar adequado e tendo em conta todas as circunstâncias do caso, convidar as partes a recorrerem à mediação para resolverem o litígio. O tribunal pode também convidar as partes a assistir a uma sessão de informação sobre a utilização da mediação, se tais sessões se realizarem e forem facilmente acessíveis”. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF> (12.12.2018).

²⁸ O texto completo do CPCP está disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articula.do.php?nid=1959&tabela=leis (10.12.2018).

²⁹ O exercício dos poderes do juiz português na mediação em fase judicial será analisado, de forma mais pormenorizada, em momento posterior do presente trabalho.

³⁰ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso, op. cit., pp. 33-35, assinalam que o princípio da voluntariedade deve ser analisado sob quatro dimensões: (i) *liberdade de escolha* da mediação pelas partes; (ii) *liberdade de abandono* da mediação; (iii) *conformação do acordo* pelas partes; e (iv) *liberdade de escolha do mediador* (ou mediadores).

³¹ GARCIA, Maria Olinda, “Gestão contratual do risco processual. A mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial”, in *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, António Pinto Monteiro (org.), Instituto Jurídico FDUC, Coimbra, 2015, pp. 182-183, ensina que “O art. 273º do CPC não estabelece, porém, qualquer critério específico que oriente o juiz na decisão de sugerir às partes a via da mediação, para além de um princípio geral de conveniência. (...) Assim, em processo de grande complexidade técnica, com indicação de diversos meios de prova (por exemplo, peritagens), a mediação permitirá poupar tempo e recursos tanto às partes como ao sistema de administração da justiça. Para além destas vantagens (mesmo tratando-se de processos menos complexos), a mediação poderá ainda ser aconselhável quando o juiz se aperceba de que entre as partes existiam relações duradouras, de natureza social ou comercial, que poderão ser preservadas para além do conflito”.

concordância”, referindo-se, em verdade, à “manifestação posterior de recusa” de uma das partes. Sabedoria do legislador ...

Acresça-se ao quanto acima destacado que as partes também poderão, *sponte propria* (art. 273.º, n.º 2), resolver o conflito através de mediação, bastando, para tanto, a existência de *consentimento* entre elas, razão pela qual *não poderá o juiz*, nesta hipótese, *obstar* o recurso ao procedimento³².

Uma vez iniciado o procedimento de mediação em fase judicial, seja por (i) iniciativa do juiz e sem recusa das partes, seja (ii) por iniciativa comum destas últimas, a consequência imediata será a chamada *suspensão da instância*³³.

Todavia, o *regime* da suspensão variará de acordo com a respectiva iniciativa. De referência ao *prazo*, quando a opção for feita diretamente por *acordo das partes*, aplicar-se-á o lapso temporal *máximo* de *três meses*, à luz do art. 272.º, n.º 4, do CPCP, podendo pelas mesmas ser indicado período *inferior*. Outrossim, se o procedimento derivar de *determinação do juiz*, o prazo de suspensão ficará a critério do próprio magistrado, levando-se em conta o seu *prudente arbítrio*, em face do que preceituam os n.ºs 1 e 3 do aludido *Codex*.

Ademais, advindo de iniciativa do juiz, a mediação ocorrerá num *sistema público de mediação*, de acordo com o que reza o art. 34.º da LMP³⁴, o que se dá normalmente em um Julgado de Paz, incidindo, na espécie, os arts. 51.º e seguintes da LJP³⁵. Noutro giro, se o procedimento começar por desejo das partes, estas escolherão, de forma livre, (i) a mediação institucionalizada ou (ii) a mediação *ad hoc*.

Vindo o mediador a constatar que não será possível a solução consensual entre as partes, caberá ao mesmo informar tal fato ao tribunal, fazendo-o, de forma preferencial, pela via eletrônica, cessando-se, por consequência, a suspensão da instância sem a necessidade de prolação de despacho judicial nessa diretiva (art. 273, n.º 4, do CPCP).

³² Ibid., p. 183.

³³ A abalizada doutrina lusitana, aqui representada por MACIEIRA, Jorge, conferência sobre “*Balanço sobre o novo processo civil*”, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, disponível em http://www.macieira-law.pt/downloads/novoCPC_mediacao.pdf (10.12.2018), tem entendido que, quando a iniciativa do recurso à mediação advir das partes, a suspensão da instância não carecerá de confirmação judicial por despacho.

³⁴ O conteúdo integral da LMP está disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articula.do.php?nid=1907&tabela=leis (10.12.2018).

³⁵ O teor da LJP pode ser encontrada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articula.do.php?nid=724&tabela=leis (10.12.2018).

Além disso, ultimado o período fixado ou acordado, a suspensão da instância também restará *cessada*, devendo os fólios processuais retornar ao juízo para retomada de seus normais e regulares trâmites.

O *grand finale* do procedimento de mediação ocorre quando as partes celebram o colimado acordo, o qual deve ser redigido e devidamente assinado pelas partes. Questão controversa que se apresenta é saber se o acordo celebrado em sede de mediação realizada em fase judicial *deve*, obrigatoriamente, ser homologado.

O art. 273.º, n.º 5, determina que, uma vez alcançado o acordo, “o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via eletrónica, seguindo os termos definidos na lei para a *homologação* dos acordos de mediação”. Por outro lado, o art. 14, n.º 1, da Lei de Mediação portuguesa, estatui que “Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial”.

Ora, a faculdade a que alude a lei é a da chamada “*mediação pré-judicial*”, que não se confunde com a mediação intra-judicial, objeto do presente estudo e realizada quando já iniciado um processo judicial. Além disso, a norma legal ressalva *os casos em que a lei não determina a sua obrigação*, justamente o que sói ocorrer, não somente no citado dispositivo legal do CPCP, como também no art. 45.º da própria LMP, ao determinar que “O acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do artigo 279.º-A do Código de Processo Civil é homologado nos termos previstos no artigo 14.º.”³⁶.

Ressalte-se, ainda, que o art. 56.º, n.º 1, da LJP também refere à necessidade de homologação do acordo celebrado naquele juízo.

Nesse sentido, conquanto comunguemos com o entendimento de que são realmente passíveis de *críticas* as normas hodiernamente vigentes³⁷, e apesar do robusto

³⁶ Onde se lê “artigo 279.º-A”, leia-se “artigo 273.º, n.º 5”, tendo em vista que este último substituiu aquele na última alteração legislativa.

³⁷ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 89, sustenta que “Esta obrigatoriedade de homologação do acordo não está prevista na Diretiva, sendo, do meu ponto de vista, criticável. Nada há que justifique que – não o querendo as partes – o acordo tenha de ser apresentado ao juiz. O controlo jurídico do acordo de mediação só deve existir caso seja executado – aí serão analisados os fundamentos officiosos de invalidade ou ineficácia. Mas esta é a regra que me parece melhor, não a positivada. O direito obriga hoje à homologação, mesmo contra a vontade das partes, nos casos em que haja processo pendente em tribunal.” Em sentido contrário, a defender que *sempre* deve ocorrer a homologação judicial do acordo obtido em sede de mediação, veja-se PEREIRA, Albertina, “A mediação e a (nova) conciliação”, in *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos Publicados na Newsletter DGAE*, Agora Publicações, Lisboa, 2006, p. 194.

pensamento em sentido contrário³⁸, vislumbramos ser *indispensável* a submissão à homologação judicial por parte do juízo competente, no qual tramita o processo judicial remetido para mediação.

Destarte, em face da riqueza dos elementos acima expostos, dessume-se que a aparente *timidez* do legislador, traduz-se, ao revés, em manifesta expressão de *inteligência* encartada no sistema jurídico lusitano.

2. A CONCILIAÇÃO PELO JUIZ: ART. 359 DO CPCB *VERSUS* ART. 594.º DO CPCP

Tecidas as considerações acerca da mediação em fase judicial nos sistemas inglês, brasileiro e português, aporta-se agora no exame da *conciliação judicial pelo juiz* nas legislações de regência da matéria no Brasil e em Portugal, mais precisamente nos arts. 359 do CPCB e 594.º do CPCP.

A definição de *conciliação*, por parte da doutrina, encontra uma panóplia de sentidos distintos. Há quem defenda que não existem diferenças substanciais entre a mediação e a conciliação³⁹. Outros sustentam que se trata de mecanismo semelhante à mediação, distinguindo-se desta apenas porque confere um papel mais interventivo ao conciliador, permitindo-lhe apresentar propostas às partes⁴⁰. Além disso, há quem sustente que se trata de “(...) *tentativa de resolución por acuerdo del conflicto que enfrenta a dos o más partes, desarrollada en el ámbito de un proceso jurisdiccional, administrativo o arbitral, sea por el decidiendi responsable del mismo, o sea por terceiro com conexión o vinculación directa com el processo, como son los secretarios judiciales (a la luz de los últimos cambios legislativos), pero también respecto de los abogados o procuradores de*

³⁸ Para GARCIA, Maria Olinda, op. cit., p. 185, “Na hipótese de as partes recorrerem ao serviço de mediação de um julgado de paz, suscita-se a questão de saber se o acordo aí obtido pode ser homologado pelo juiz de paz ou se esse acordo deverá ser necessariamente remetido ao juiz do processo, nos termos do art. 273º, n. 5 do CPC. Não nos parece que a lei impeça a homologação desse acordo pelo juiz de paz, pelo que, sendo essa a opção das partes, verificar-se-á a extinção da instância pela inutilidade superveniente da lide.”

³⁹ FERREIRA, Jaime Octávio Cardona, “Nova justiça. Velho idealismo, mediação e conciliação”, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*, António José Moreira (coord.), Almedina, Coimbra, 2006, p. 742; e VICENTE, Dário Moura, “Mediação comercial internacional”, in *Direito Internacional Privado – Ensaio II*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 390.

⁴⁰ VEZZULA, Juan Carlos, *Mediação - teoria e prática - guia para utilizadores e profissionais*, 2.ª ed., Agora Comunicação, Lisboa, 2006, p. 54. VARGAS, Lúcia Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 53.

*las partes*⁴¹. Por sua vez, parte da doutrina entende que a conciliação deve ser realizada por um terceiro detentor de *poder decisório*, aqui albergados o juiz e o árbitro⁴².

A legislação brasileira, como já visto, diferencia os dois institutos não apenas porque o conciliador “poderá sugerir soluções para o litígio”, como também em face da existência – ou não – de “vínculo anterior” entre as partes.

Apresentados os traços distintivos entre a conciliação e a mediação, adentramos na análise do art. 359 do CPCB, atualmente inserido no “Capítulo XI – Da Audiência de Instrução e Julgamento” e que dispõe: “Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”.

Note-se que essa audiência não se confunde com aquela do art. 334 do CPCB (audiência de conciliação ou de mediação), realizada como *quase que uma etapa do processo*, antes mesmo da citação do réu⁴³.

Da simples leitura dos dois dispositivos sob comento, salta aos olhos uma manifesta *contradição* entre ambos: a audiência inaugural (art. 334) pode ser de *conciliação e mediação*, ao passo que na audiência de instrução e julgamento (art. 359) é mencionado *apenas* que o juiz tentará a *conciliação*.

Ora, conforme anteriormente observado, a *mediação* e a *conciliação* se distinguem, no processo civil brasileiro, em função (i) da existência – ou não de “vínculo anterior entre as partes” e (ii) da possibilidade – ou não – do terceiro poder “sugerir soluções para o litígio”.

E se as partes possuírem um vínculo anterior entre elas? O juiz não deve tentar a “mediação”? E mais: podendo o magistrado judicial tentar a “mediação”, seria permitido ao mesmo, ao arpejo da lei, “sugerir soluções para o litígio”?

Tais perguntas encontram apenas o *silêncio* na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Particularmente, entendemos que se tratou de *erronia* do legislador,

⁴¹ CEBOLA, Cátia Marques, op. cit., p. 165.

⁴² GOUVEIA, Mariana França, op. cit., p. 106, conceitua a conciliação como “as diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes.”

⁴³ Reza o art. 334, *caput*, do CPCB que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. O § 4.º, do mesmo artigo, prescreve que “A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição”. Daí porque se diz que a audiência de conciliação ou mediação é “quase uma etapa” do processo, visto que, não ocorrendo nenhuma das exceções previstas na lei, a sessão será realizada.

especialmente porque não se justificaria ser afastada a tentativa de mediação pelo juiz, mormente em face de um diploma legal que, como já observado alhures, erige os *métodos de solução consensual de conflitos* como uma das *normas fundamentais* do processo civil.

No que diz respeito à *legitimidade* para iniciar a tentativa, parece-nos que a matéria não está revestida de complexidade. Ao contrário daquela audiência inaugural, conduzida por mediador(es) ou conciliador(es), aqui é o *juiz* que preside a audiência de instrução e julgamento e, por consequência, *tenta*, pessoalmente, a conciliação (ou mediação) entre as partes⁴⁴.

Por outro lado, é igualmente pacífico na doutrina brasileira que “somente nas causas sujeitas à audiência é que tem cabimento a tentativa de conciliação mencionada no art. 359 do NCPC”, pelo que “quando for o caso de julgamento antecipado ou de extinção do processo sem apreciação do mérito, não caberá a medida”⁴⁵, sendo na mesma diretiva o posicionamento da jurisprudência do além-mar⁴⁶.

Outro questionamento que merece ser enfrentado é o que se refere às afirmações, manifestações e propostas de acordo apresentadas pela(s) parte(s): teriam as mesmas força de *confissão*, importariam *alteração do pedido inicial* e/ou poderiam ser *valoradas* pelo magistrado judicial?

A doutrina brasileira tem entendido, *neminem discrepante*, que não. Isso porque, “no caso de não ser obtida a conciliação, as partes precisam ter a segurança jurídica de que

⁴⁴ SPADONI, Joaquim Felipe, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 1099, aduz que “A primeira audiência do procedimento ordinário, realizada antes mesmo do oferecimento da contestação, é dedicada exclusivamente a este intuito (art. 334). Mas havendo no juízo conciliadores ou mediadores, estes necessariamente conduzirão a audiência de acordo com seus conhecimentos especializados, podendo ocorrer de o juiz nem mesmo estar presente a este ato, tal como já ocorre nos Juizados Especiais (art. 22 da Lei 9.099/1995). A ausência do magistrado nestas audiências iniciais pode, até mesmo, deixar as partes mais à vontade para discutirem suas pretensões, ainda no calor inicial da lide, perante o mediador ou conciliador, permitindo a obtenção de melhores resultados. Mas tendo o processo continuidade, e chegada a hora da audiência de instrução e julgamento, as partes serão estimuladas a novamente se conciliarem, e desta vez direta e *necessariamente* pelo magistrado, que pode ou não estar auxiliado por um mediador ou conciliador.”

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Código de processo civil anotado*, 20.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 448.

⁴⁶ Esse foi o entendimento, apenas à guisa de exemplo, do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 5442/RJ, cujo Relator foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^a Turma, ocorrido em 04.03.1991, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595198/recurso-especial-resp-5442-rj-1990-0010016-0> (10.12.2018).

não serão prejudicadas por terem tentado, sem êxito, obter a conciliação⁴⁷, sendo este também o caminho trilhado pelos sodalícios nacionais⁴⁸.

Por outro lado, impende salientar que a norma do art. 359 do CPCB deve ser prestigiada à luz dos regramentos nele constantes, especialmente o *modelo cooperativo* consagrado no seu bojo⁴⁹, mormente porque a atividade de tentar conciliar decorre do próprio ofício do magistrado, “de sorte que não pode ser vista como caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem de prejulgamento da causa”⁵⁰.

Noutro giro, o sistema jurídico-processual português contempla a tentativa de conciliação intra-judicial no art. 594.º do CPCP, tendo sido adotada a concepção de que compete ao juiz, exclusivamente, promovê-la⁵¹.

Problema que inicialmente se instaura é o que se refere a essa postura *ativa* por parte do magistrado judicial português e o eventual vilipêndio ao princípio da imparcialidade. J. J. GOMES CANOTILHO ensina que “A independência dos tribunais pressupõe, igualmente, a exigência de os juízes ‘não serem parte’ nas questões submetidas à sua apreciação”⁵².

Ora, a realização de conciliação pelo juiz não poderia resultar em *risco* de *pressão* sobre as partes e de eventual *vilipêndio* ao referido princípio⁵³? As partes se sentiriam à

⁴⁷ SPADONI, Joaquim Felipe, op. cit., loc. cit. Acrescenta o autor que “embora não expressa e explícita em nenhuma regra no CPC/2015, é de se considerar que também vigora no direito processual brasileiro a regra de que as manifestações, considerações, declarações, propostas e contrapropostas, bem como quaisquer documentos formulados ou apresentados pelas partes ou seus advogados durante as tratativas de conciliação, sejam elas judiciais ou extrajudiciais, não podem ser utilizadas pelo juiz ou tribunal, em eventual julgamento de mérito da causa, como provas dos fatos litigiosos, a exemplo do que ocorre no direito americano (Federal Rule of Evidence § 408)”.

⁴⁸ No julgamento do REsp 201.356/RJ, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5.ª Turma, ocorrido em 25.05.1999, foi assentado que “Afirmções e manifestações colhidas em audiência de conciliação não têm força de confissão nem importam a alteração do pedido inicial. O procedimento conciliatório é pressuposto do procedimento contencioso (...)”. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418610/recurso-especial-resp-201356-rj-1999-0005155-6> (10.12.2018).

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella, *Novo código de processo civil anotado*, 3.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017, p. 68. Assinala, ainda, que “Observação importante que merece ser feita é que a cooperação prevista no dispositivo em concreto deve ser praticada por *todos* os sujeitos do processo. Não se trata, portanto, de envolvimento apenas entre as partes (autor e réu), mas também de eventuais terceiros intervenientes (em qualquer das diversas modalidades de intervenção de terceiros), do próprio magistrado, de auxiliares da Justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atue na qualidade de fiscal da ordem jurídica”.

⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao código de processo civil: novo cpc*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 584.

⁵¹ Art. 594.º, n.º 3, “A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio”. No mesmo sentido são os preceitos insculpidos (i) no art. 604.º, n.º 2, do mesmo Diploma legal e (ii) no art. 26.º, n.º 1, da LJP.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 665.

⁵³ É o que defende GOUVEIA, Mariana França, op. cit. p. 106.

vontade para exaurir a discussão de uma matéria em sede de tentativa de conciliação, sabendo que o juiz poderá valer-se dos aspectos ali discutidos quando promover a valoração do julgamento? E o juiz, noutro giro, ao atuar de forma ativa, como exige o texto legal, não poderia comprometer a sua *imparcialidade*⁵⁴?

Tais questionamentos merecem a atenção por parte dos operadores do direito e a matéria ganha especial relevo quando a própria lei, ao contrário do que sói ocorrer no direito brasileiro, assenta no n.º 4 do art. 594.º que “Frustrando-se, total ou parcialmente, a conciliação, *ficam consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio*” (destaques nossos).

Diante de tal comando legal, dificilmente as partes irão buscar, com afinco, a solução consensual na frente do mesmo juiz responsável pela prolação de sentença da causa, posto que os argumentos que invocarem no âmbito judicial, poderão, futura e eventualmente (ou quiçá provavelmente) ser apreciados pelo magistrado judicial.

Acresça-se a isso o fato de que o desiderato dos juízes em concluir mais rapidamente um processo pode, inegavelmente, induzir (ou mesmo forçar) as partes a transigir, comprometendo, nesse espectro, o próprio *princípio da autodeterminação* das partes. Daí porque, parte da doutrina defende que “o juiz que preside a conciliação deve ser diferente daquele que julga”⁵⁵.

Independentemente da sensibilidade e dos limites fronteiriços de atuação do juiz que envolvem a presente matéria, entendemos ser merecedor de críticas o comando insculpido no art. 594.º, n.º 4, acima transcrito. Com efeito, consignar em ata (i) as concretas soluções sugeridas pelo juiz e (ii) os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio, cheira a resquício de *regime inquisitorial*, diametralmente oposto a um regime democrático de direito, configurando-se em *fator inibitório da espontaneidade e vontade plena das partes*, sem prejuízo de poder, como visto, tornar questionável a própria *imparcialidade* do magistrado judicial⁵⁶.

⁵⁴ Sobre a temática da imparcialidade do juiz, CAPELO, Maria José, op. cit., p. 549, leciona, com proficiência ímpar, que “*Le magistrat conciliateur peut formuler une proposition ou suggérer une solution aux parties (Art. 594/3, NCPC), mais sans jamais laisser transparaître la décision qu’il pourrait prendre s’il était amené ultérieurement à trancher le litige en cas d’échec de la conciliation. Cependant, le risque de partialité du juge peut exister*”.

⁵⁵ GOUVEIA, Mariana França, op. cit., p. 108.

⁵⁶ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, *Código de processo civil anotado*, vol. 2.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 655, defendem que “Além de poder prejudicar o à-vontade das partes na

Trata-se de dispositivo legal que, apesar de disciplinar um dos meios alternativos de resolução de conflitos, lamentável e contraditoriamente, não se coaduna com as finalidades, anteriormente apontadas, dos referidos meios ...

Em verdade, vindo a ser preservada a regulamentação hodiernamente vigente, torna-se indispensável que os juízes sejam *devidamente alertados e preparados* para o exercício de tão importante mister.

Ainda em sede de problematização, mister se faz o enfrentamento da *solução de equidade*, encartada no n.º 3 do art. 594.º do CPCP.

Ao apreciar o tema no contexto da arbitragem, MANUEL CARNEIRO DA FRADA ensina que é impossível definir o que seja “solução de equidade”, sendo admissível, no máximo, a tentativa do alcance do seu “sentido”: “(...) quando falamos do coração humano nos referimos a um ‘Inbegriff, ao resumo, à fonte e à expressão da íntima densidade das acções, intenções e julgamentos, pode-se dizer que a equidade é, no fundo, a ‘justiça do coração’”⁵⁷.

Ademais, o mesmo autor sustenta a possibilidade do recurso à equidade no âmbito de um processo de autocomposição do litígio entre as partes, exemplificando que “(...) admitindo que a mediação e a composição amigável dos interesses são procedimentos que se compreendem dentro do sentido da decisão por equidade — ao procurar-se nesta uma decisão que seja, pela sua bondade intrínseca, susceptível de voluntário e espontâneo acatamento pelas partes, e ao respeitar, tanto quanto possível, aquilo em que as partes convergem ser justo ou adequado para elas —, a escolha, pelas partes, da equidade deve, nalguns casos ao menos, habilitar o tribunal a promover essa mediação e composição, ainda que as partes as não tenham previsto previamente”⁵⁸.

Mais adiante e com profunda acuidade, conclui o célebre doutrinador asseverando que “Não se resume, portanto, a equidade, à função de compatibilizar o critério geral e abstracto da lei em dado momento vigente com a necessidade de uma justiça individualizadora. A decisão segundo a equidade converte-se, assim, num desafio supremo

negociação, esta previsão harmoniza-se mal com a imposição aos advogados do dever de sigilo sobre negociações falhadas (art. 92-1-f EstOA)”, bem como que “O código atual acrescentou a este registo em ata o das concretas soluções sugeridas pelo juiz, solução que é suscetível de, na prática, comprometer a imparcialidade com que o juiz deve dar a decisão final”.

⁵⁷ FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade ou a justiça com o coração: a propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012, p. 123, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7Ba83fee07-fbee-44a1-86d7-bef33f38eb86%7D.pdf> (10.12.2018).

⁵⁸ Ibid., pp. 135-136.

para o julgador. No fulgor da sua beleza intangível, ela representa, para ele, uma ‘arte do humano pleno’. Nesse sentido, ambiciona realizar uma ‘justiça com coração’⁵⁹.

O fato é que parte da doutrina portuguesa critica a referida norma sob o argumento de que não compete ao juiz saber qual a solução mais adequada para o deslinde da ação e imiscuir-se em decidir de acordo com a equidade, devendo tal prerrogativa ser de incumbência exclusiva das partes⁶⁰.

Destarte, após a comparação dos ditames legais alusivos à conciliação pelo juiz nos sistemas brasileiro e português, percebe-se que, na prática, o *diálogo* mais se assemelha a uma *discussão*, tendo em vista as divergências, no particular, entre os preceitos constantes dos respectivos ordenamentos jurídicos.

3. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO INTRA-JUDICIAIS E OS PODERES (OU DEVERES?) DO JUIZ.

O trilhar até então desenvolvido autoriza que aterremos no espectro de apreciação dos *poderes (ou deveres) do juiz na mediação e conciliação intra-judiciais*, sufragados nos sistemas inglês, brasileiro e português.

3.1. O SISTEMA INGLÊS

O advento das CPR no direito inglês, como já observado anteriormente, transferiu a direção e o controle do processo das partes para o juiz. Trata-se do *case management*, mediante o qual o magistrado se encontra investido de um conjunto de regras para promover ativamente o gerenciamento do feito, devidamente elencadas na “*Rule n.º 1.4*” das CPR⁶¹.

⁵⁹ Ibid., p. 145.

⁶⁰ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras notas ao novo código de processo civil*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2013, p. 499, afirmam que “A norma é anacrônica. Por um lado, apela à ideia de adequação da solução aos termos do litígio. Por outro lado, parece ignorar que o mais adequado aos termos do litígio pode ser o juiz não se envolver ativamente na obtenção de uma solução”.

⁶¹ Prescreve a referida regra que “(1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (ADR) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the*

No que se refere aos novos *poderes* atribuídos ao juiz na Inglaterra e no País de Gales, a fim de lograr alcançar o *overriding objective*, ZUCKERMAN afirma que “*Now the court is proactive. It must take the initiative and direct the intensity and pace of the litigation process since CPR 1.4(1)*”⁶².

Os doutrinadores de jaez têm defendido que os poderes de que são revestidos os magistrados apresentam natureza *discricionária*, cuja efetivação assenta nos juízos de conveniência e oportunidade⁶³.

A inserta no item (2)(e), concernente ao *encorajamento das partes ao uso dos meios alternativos de resolução de controvérsias*, é a que nos interessa, em razão do liame com o presente trabalho. A premissa maior, fixada pelo legislador parece ser a de “evitar de todas as formas o exercício da jurisdição”, ideologia contraditória, posto que a jurisdição, no particular, buscaria “primordialmente evitar a utilização da jurisdição.”⁶⁴.

A aplicação do dispositivo acima invocado perpassa, necessariamente, pela utilização da chamada *stay order* por parte do juiz, cuja consequência imediata é a *suspensão do processo* e a sua remessa para um dos *meios de resolução alternativa de conflitos*⁶⁵.

É nesse quadro de incentivos que a mediação assume relevância ímpar, como um verdadeiro alicerce do *case management*, especialmente porque, como visto, confere

progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently”. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01#1.4> (10.12.2018).

⁶² ZUCKERMAN, Adrian, op. cit., p. 31.

⁶³ Ibid., p. 32, argumenta que “(...) *the court continues to possess its traditional discretionary powers in matters procedure. It continues to have a general discretion to cure procedural defects (...)*”. No mesmo sentido, SIME, Stuart, *ob. cit.*, p. 34, assevera que “*The result is that although litigation is conducted in an adversarial manner, the parties are not at liberty to do as they wish, but must conduct their cases within a framework controlled by the court*”.

⁶⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, “O case management inglês: um sistema maduro?”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP*, José Carlos Barbosa Moreira (patrono), Ano V, vol. VII, UERJ, Rio de Janeiro, 2011, pp. 313-314.

⁶⁵ ZUCKERMAN, Adrian, op. cit., p. 714, salienta que “*A stay of proceedings suspends their progress, so that no further step may be taken while the stay is in place*”. Acrescenta o autor que “*A stay order may express a case management decision, as where the court orders a stay pending settlement negotiations (...). The use of a stay as a management tool will be guided by the overriding objective. A stay order may be the result of a settlement agreement or may be the outcome of contentious proceedings.*” Na mesma esteira de pensamento, SIME, Stuart, op. cit., p. 175, assinala que “*One of the court’s case management functions is to help the parties to settle the whole or part of the case (CPR, r 1.4(2)(f), and another is to encourage the parties to use alternative dispute resolution (ADR) procedures if appropriate and facilitate the use of such procedures (r 1.4(2)(e) (...). Where there is a chance that ADR or further negotiation may result in a settlement, the CPR give the court the power to order a stay of proceedings for the possible settlement of the case*”.

amplos poderes ao juiz para determinar que as partes utilizem tal mecanismo de solução consensual de conflitos⁶⁶.

Um dos aspectos mais polêmicos da legislação processual inglesa diz respeito ao poder de o juiz, após valoração das *condutas* das partes no decorrer do procedimento de mediação, aplicar *sanções* àquela que for considerada desidiosa.

Uma delas, disciplinada na “*Rule 44.4(3)(a)(i)(ii)*”⁶⁷ e considerada *grave*, é exatamente a *cost order*, aplicável à parte que, despida de boa-fé processual e sem focar no *overriding objective*, não revelar conduta apropriada, seja por (i) provocar atraso no andamento das negociações, (ii) não comparecer às sessões designadas ou (iii) não se empenhar na tentativa de resolução consensual do conflito.

A esse respeito, ZUCKERMAN adverte que “*Although participation in ADR is voluntary, failure to accept an invitation from the oponente or the court to participate in ADR may have serious adverse consequences*”. Isso porque “*The court may take into account the parties’ conduct when it decides what costs order to make*”⁶⁸.

A mencionada falta de interesse pode, inclusive, repercutir na alteração da própria *regra geral de sucumbência*, tendo em vista que, mesmo a parte vindo a ser declarada futuramente vencedora, poderá ter que suportar o grave ônus processual, em decorrência de sua condenável conduta durante o procedimento de mediação⁶⁹.

Nesse diapasão, faz-se mister invocar uma representativa decisão da *Court of Appeal* em *Dunnett v Railtrack*, mediante a qual foi determinado que a parte vencedora arcasse com o pagamento integral das custas da parte vencida, justamente por ter se negado a participar do procedimento de mediação⁷⁰.

⁶⁶ PRINCE, Susan, op. cit., p. 340, giza que “*The principle ‘judex est lex loquens’ puts the judge at the apex of the legal process. Once all settlement opportunities have been exhausted, a case should be determined by a judge applying legal principles. The CPR have enabled us to realize the benefits of incorporating mediation into court processes*”.

⁶⁷ A norma tem o seguinte teor “*44.4 (...) (3) The court will also have regard to – (a) the conduct of all the parties, including in particular – (i) conduct before, as well as during, the proceedings; and (ii) the efforts made, if any, before and during the proceedings in order to try to resolve the dispute;*”

⁶⁸ ZUCKERMAN, Adrian, op. cit., p. 48.

⁶⁹ ANDREWS, Neil, *Principles of civil procedure*, Sweet & Maxwell, Cambridge, 1994, p. 281, ressalta que “*Sometimes the court will exercise a disciplinary function by refusing to order that a victorious party should receive payment of costs by the other party. A still more severe sanction is to order a victorious party to pay the costs of particular aspects of the litigation which he has improperly raised*”. Na mesma linha de raciocínio, PRINCE, Susan, op. cit., p. 328, alerta que “*The CPR forcefully encourage ADR by allowing for penalties for those who try to circumvent its use through the imposition of judicially applied cost sanctions where it is viewed by the judge that mediation has been unreasonably avoided*”.

⁷⁰ TAN, H.S.A., “*Alternative dispute resolution in civil justice*”, disponível em <https://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB18982.pdf> (12.12.2018), p. 149. Acrescenta o autor que “*(...) the*

Por sua vez, no *leading case Burchell v Bullard* entendeu a referida Corte que a parte insistente em prosseguir com uma ação judicial deve suportar os custos da demanda quando a mediação estiver claramente disponível e se constituir na melhor forma de resolução de controvérsia⁷¹.

Na mesma diretiva foi o *decisum* do *case Earl of Malmesbury v Strutt and Parker*, tendo em vista que o comportamento desprovido de colaboração, por parte do autor, resultou na redução de oitenta por cento do montante a que teria direito a título de reembolso de custas⁷².

A atribuição de vastos poderes sancionatórios ao juiz inglês, em elevada margem de discricionariedade, e a consequente (e óbvia) possibilidade de aplicação às partes, faz emergir, em sede de problematização, um instigante questionamento: o mecanismo da mediação é *obrigatório* no processo civil inglês?

A doutrina tem sustentado, em sua vasta maioria, que uma mediação é tida como compulsória quando afronta o *princípio da voluntariedade*, por este constituir “*una condición ‘sine qua non’ de la mediación en la medida que la ausencia de este principio haría inviable ‘ab initio’ cualquier discusión en torno al conflicto existente.*”⁷³.

Apenas à guisa de informação, a própria Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, no seu art. 5º, nº 2, autoriza que os Estados-membros sufraguem a mediação obrigatória no bojo dos seus respectivos ordenamentos jurídicos, desde que esta “não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial”.

Algumas vantagens são genericamente apontadas na utilização de tal recurso, a exemplo de: obstar o acréscimo da litigância em juízo e, em simultâneo, a sobrecarga do sistema judiciário; permitir a eficiência do sistema e uma tentativa de resolução mais

Court of Appeal told the parties to consider ADR; which Railtrack refused to contemplate at a stage prior to the costs of the appeal beginning to flow. Notwithstanding that Railtrack won the appeal, they were denied their cost recovery from Dunnett. The court clarified that if lawyers ‘turn down out of hand the chance of ADR when suggested by the court, as happened on this occasion, they may have to face uncomfortable costs consequences’.

⁷¹ TAN, H.S.A., op. cit., p. 149, aduz que “*The leading case of Burchell v Bullard is an abject lesson on the dangers and inappropriateness of pursuing legal action in the courts when ADR is clearly available and a better way of deciding the contended issue. Here, Bullard was eventually faced with exorbitant costs resulting from their blatant refusal to take advantage of the earlier offer of mediation.*”

⁷² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, op. cit., pp. 317-318.

⁷³ CEBOLA, Cátia Marques, op. cit., p. 169.

rápida dos conflitos, em respeito à economia processual⁷⁴, sem prejuízo de servir de *alerta* às partes sobre a importância de promoverem o diálogo⁷⁵.

No que pertine ao direito de acesso aos tribunais, sem circunscrição específica ao direito inglês, doutrinadores de escol sustentam que a obrigatoriedade da mediação não parece feri-lo “porquanto tal procedimento não representa (...) uma imposição de adotar a mediação como modo definitivamente alternativo para solucionar o conflito”⁷⁶.

Ao regressarmos ao direito inglês, ZUCKERMAN assevera que “*There is nothing inherently objectionable in encouraging opposing litigants to settle their differences by agreement rather than court adjudication*”. Prossegue, assinalando que “*Giving up a proportion of one’s entitlement for the sake of settlement would in many situations be a price well worth paying for avoiding the uncertainty and costs risks of litigation*”. Contudo, arremata frisando que “*for a settlement to be just it has to be truly voluntary*”⁷⁷.

É incontestável que a tentativa de mediação não se configura, *in casu*, como *pressuposto de admissibilidade* ao acesso à justiça, especialmente porque, como acentuado anteriormente, a determinação de sua realização já ocorre *dentro* do âmbito jurisdicional.

Todavia, é igualmente perceptível que a severidade resultante da possibilidade de imposição de sanções pelo juiz à parte que *não incorporar e não buscar ativamente* a solução consensual, constitui-se em obstáculo ao *direito de acesso aos tribunais*, mormente porque a parte não pode objetivar, de imediato, a realização do julgamento e a consequente decisão, a fim de satisfazer o seu direito⁷⁸.

⁷⁴ Nesse sentido, ZINGALES, Ignazio, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, disponível em <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/176/Zingales.pdf> (12.12.2018), que defende a aplicação da mediação pré-judicial obrigatória no ordenamento jurídico italiano.

⁷⁵ BARBOSA, Joyce de Matos; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de, “O instituto da mediação”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n.º 21 (primeira parte), 2009, p. 138.

⁷⁶ Vide GARCIA, Maria Olinda, op. cit., p. 187.

⁷⁷ ZUCKERMAN, Adrian, op. cit., p. 49. Também reconhecendo a importância da voluntariedade para se dar início ao procedimento de mediação, veja-se SHIPMAN, Shirley, “Alternative dispute resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court”, in *The civil procedure rules ten years on*, Déirdre Dwyer (Editor), Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 349, ao consignar que “*It is clear that there are a number of uncertainties as when a refusal to undertake an ADR procedure would be considered unreasonable. This uncertainty does create additional pressure. Arguably, the prospect of an adverse costs award (particularly where this is accompanied by Strong court encouragement) may constitute constraint. The essence of waiver tainted by constraint is that the individual has no real choice as to whether to exercise a particular right. Hence, the waiver of that right cannot be considered voluntary. The voluntary character of a decision depends on the level of freedom to choose. To be a valid waiver there must be true choice to concede the particular right. It is arguable that in certain circumstances an individual is denied a true choice in deciding to undertake an ADR procedure rather than proceeding to trial*”.

⁷⁸ Vide SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 71.

Permissa venia, sem o desejo livre e espontâneo das partes de ingressarem na mediação, desaparece um dos elementos essenciais do instituto, mormente porque não mais se objetivaria os interesses das partes, sendo outro o criticável alvo: a mera redução da carga de trabalho dos tribunais⁷⁹.

Eis porque, conquanto se afigure mais apropriado dizer que pode vigorar no direito inglês uma “mediação forçada” (e não compulsória), criticamos, no particular, a regulamentação da matéria. Com efeito, o objetivo primacial de qualquer espécie de mediação não é – e jamais pode ser – a diminuição do número de processos judiciais e a carga de trabalho dos juízes, não podendo ser encarada, portanto, como a *panacea*⁸⁰ para os problemas que assolam os problemas de qualquer sistema de justiça.

A característica principal da mediação deve sempre estar lastreada na voluntariedade, consensualidade e autodeterminação da parte, razão pela qual tais elementos devem ser mais do que respeitados: merecem ser *cultuados*.

3.2. O SISTEMA BRASILEIRO

O CPCB prevê a possibilidade de realização de tentativa de mediação ou de conciliação em dois momentos processuais distintos: (i) na *audiência de conciliação ou de mediação*, prescrita no art. 334, e (ii) na *audiência de instrução e julgamento*, estatuída no art. 359.

O § 1.º do art. 334 determina que “O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação (...)”. Logo, a atuação do juiz nessa tentativa de autocomposição será apenas *eventual e residual*, restringindo-se àquelas situações em que não houver conciliador ou mediador naquela comarca.

Note-se que, em relação à referida audiência, o juiz *não é detentor* de qualquer *juízo de conveniência ou oportunidade*. Compete-lhe, única e exclusivamente, verificar (i) se a petição inicial preenche os requisitos essenciais (*caput*), (ii) se não é caso de improcedência liminar do pedido (*caput*), (iii) se apenas uma das partes silenciou ou

⁷⁹ Esse é o entendimento manifestado por PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa, *A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3> (12.12.2018).

⁸⁰ Expressão utilizada por PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa, op. cit., p. 24.

manifestou, expressamente, o interesse na composição consensual (§ 4.º, I)⁸¹, e (iv) se a causa apresentada admite autocomposição (§ 4.º, II).

Em sendo positivas as respostas ao *check list* anterior, *deve* o magistrado designar audiência de mediação ou conciliação, sob pena de *nulidade*. Trata-se, aqui, de *poder vinculado* do juiz aos regramentos insculpidos em lei, não lhe sendo atribuível qualquer margem de discricionariedade.

Por outro lado, no que tange ao poder do juiz, a tentativa de conciliação ou mediação, prevista no art. 359 do CPCP, apresenta *caracterização* completamente diferente.

Estabelece o art. 6.º do *Codex* brasileiro que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Por sua vez, ao elencar as responsabilidades do juiz, o art. 135, V, do mesmo diploma, reza que incumbe ao mesmo “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Tecida essa premissa fundamental, sublinhando que o que aqui releva é a *rápida e justa solução do litígio*, nota-se que estamos diante de uma situação em que o juiz é *devedor*, posto que o próprio artigo de lei utiliza a expressão “o juiz tentará”. Trata-se, portanto, de uma norma imperativa que *deve* ser pelo mesmo adimplida, sob pena de *nulidade* resultante do ato de omissão⁸².

Esclareça-se, porém, que o juiz não poderá confundir o seu *dever* de tentar a conciliação ou mediação e “transformar a conciliação em escopo maior, a ponto de impor às partes esse tipo de solução”⁸³.

No que tange ao poder sancionatório do juiz, o art. 334, § 8.º⁸⁴, do CPCB erige uma *novel* penalidade – a *multa pelo ato atentatório à dignidade da justiça* -, desconhecida

⁸¹ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 910, ressalta que “O autor deve revelar esse desinteresse já na petição inicial, nos termos do § 5.º do referido art. 334”, pelo que “somente está obrigado a inserir na petição inicial sua opção pela não realização dessa audiência; se ele silenciar a respeito do assunto, o juiz deve simplesmente obedecer ao roteiro traçado pelo art. 334, que leva à natural designação daquela audiência”, valendo “*a máxima quem cala consente (com a sua realização)*”.

⁸² FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, op. cit., p. 23.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Código de processo civil interpretado*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 2005, p. 386.

⁸⁴ Preceitua o aludido dispositivo legal que “O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”. A referida regra se assemelha àquela insculpida na legislação argentina que determina, no art. 28

do regramento até então vigente e *indutiva* do comparecimento das partes à audiência de mediação ou conciliação.

A primeira crítica que, de logo, se torna necessária diz respeito à alusão da imposição da multa prescrita apenas à audiência de *conciliação*, omitindo-se quanto ao vocábulo *mediação*. Ora, como pacificamente sustenta a doutrina, trata-se de mero erro material do legislador que, como já mencionado alhures, “não diferencia a estruturação, organização e, conseqüentemente, eventuais sanções aplicáveis ao faltoso em qualquer uma das audiências”⁸⁵.

De referência ao poder do juiz, impende observar que o mencionado dispositivo apresenta natureza *cogente* e, portanto, *imperativa*, a merecer exegese *literal*, não sendo lícito ao juiz exercer qualquer poder discricionário a respeito da aplicabilidade – ou não – da sanção em causa⁸⁶, como vêm decidindo, *neminem discrepante*, os sodalícios brasileiros⁸⁷.

Outrossim, tem-se entendido que o mandado citatório deve contemplar a *advertência* de que o não comparecimento das partes e/ou do advogado consistirá em *ato*

da Ley n.º 26.589, de Mediación y Conciliación, promulgada em 3 de mayo de 2010, que a parte que não compareceu à mediação sem justificação suportará “*una multa cuyo montante será equivalente a un cinco por ciento (5 por 100) del sueldo basico de un juez nacional de primera-instancia*”. Disponível em <https://www.argentina.gob.ar/normativa/ley-26589-166999/texto> (10.12.2018). Além disso, o art. 512.º do CPCP/1939 também determinava que “As partes serão notificadas para comparecer pessoalmente na audiência. Será condenada em multa a que deixar de comparecer ou não se fizer representar por advogado com poderes especiais para transigir”. Disponível em <https://dre.pt/application/file/198191> (10.12.2018).

⁸⁵ CAMBI, Eduardo, *in Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Freddie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 994, aduz que “(...) embora o artigo 334, § 8.º, do NCPC tenha se referido apenas à audiência de *conciliação*, o legislador disse menos do que queria dizer (*minus scripsit quam voluit*), pois a sanção também deve ser imposta ao não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência designada para mediação. Afinal, a interpretação sistemática do NCPC impede a existência de tratamento diferenciado entre ambos os meios, igualmente relevantes, de autocomposição, não havendo correlação lógica entre o *fator discrimen* (exclusão da sanção para o não comparecimento em audiência de mediação) e a desequiparação pretendida (aplicação da sanção apenas para a ausência em audiência de conciliação)”.

⁸⁶ Esse foi o entendimento exarado no Enunciado n.º 61, produzido no “Seminário Poder Judiciário e o NCPC”, organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), entre os dias 26 e 28 de agosto de 2015, com o seguinte conteúdo: “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º”.

⁸⁷ Veja-se, por exemplo, os Acórdãos referentes às Apelações Cíveis de nºs 10567150028627001 (TJ/MG), 21597683520178260000 (TJ/SP), 70074337817 (TJ/RS), 5136265520168050001 (TJ/BA), disponíveis em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28893555/paragrafo-8-artigo-334-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015/jurisprudencia> (17.11.2018).

atentatório à dignidade da justiça, sujeito às sanções insculpidas no art. 334, § 8.º, do CPCB, sob pena de nulidade⁸⁸.

O art. 77, IV, do CPCB cria, de maneira genérica, os contornos do ato atentatório à dignidade da justiça ao determinar ser *dever* “das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo (...) cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”. Acrescenta o § 1.º do mesmo dispositivo legal que “(...) o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça”.

Trata-se de regramento que concretiza o *princípio da boa-fé*, consubstanciado no art. 5.º do CPCB⁸⁹ e no art. 422 do CCB⁹⁰, cuja *presunção* é abraçada pelo direito brasileiro⁹¹.

Mister se faz, ainda, invocar os ditames do § 2.º⁹², do mesmo artigo de lei, para frisar que, além do ato atentatório à dignidade da justiça, deve o juiz aplicar ao responsável (i) as sanções criminais, civis e processuais cabíveis, e (ii) multa de até vinte por cento do valor da causa de acordo com a gravidade da conduta.

Logo, é possível a cumulação da multa do art. 334, § 8.º com eventuais *sanções criminais, civis e processuais*. Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação à sua *modulação* até o percentual de “vinte por cento do valor da causa”, mormente porque a lei, neste caso, foi clara, específica e direta em fixar o montante de “até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa”. É a norma *especial* a prevalecer sobre a *geral* ...

⁸⁸ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 994.

⁸⁹ “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

⁹⁰ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O texto integral da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CCB), pode ser encontrado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm (17.11.2018).

⁹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 303, salienta que “As diversas condutas processuais impostas (art. 77 do CPC/2015) e vedadas (arts. 78 e 80 do CPC/2015) pela norma processual, bem como as respectivas responsabilizações e sancionamentos em caso de violação delas (arts. 79 e 81 do CPC/2015) têm em conta exatamente esse dever de probidade processual. Tem-se no CPC/2015, como também se tinha no CPC/1973 mecanismos de combate à quebra da ética processual”.

⁹² “A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta”.

Quanto ao *momento* de sua aplicação, sustenta-se que a multa pode ser aplicada tanto na *sentença*, como em decisão *interlocutória*, esta última exarada tão logo venha a ser constatada a combatida improbidade. Ocorre que esta última opção dificultaria, imensamente, a interposição de recurso pela parte sancionada, tendo em vista que tal *decisum* não consta do rol taxativo do art. 1015 do CPCB que contempla as hipóteses passíveis de insurgência por agravo de instrumento⁹³.

O *destinatário* da multa, por sua vez, será o fundo previsto no art. 97 do CPCB⁹⁴, pelo que *não beneficia a contraparte* que, de forma indireta, foi prejudicada pela violação do dever de probidade⁹⁵.

Apesar de parte da doutrina vociferar em sentido contrário⁹⁶, também tem sido vitorioso o entendimento de que a multa do art. 334, § 8º e aquela do art. 81 do CPCB, atinente à *litigância de má-fé* são *cumuláveis*, tendo em vista o comando inserto no art. 96, do mesmo diploma legal⁹⁷, justamente por se tratarem de destinatários diversos, com danos e prejuízos igualmente distintos.

3.3 O SISTEMA PORTUGUÊS

Na parte inicial deste trabalho foi destacado que o legislador português dedicou apenas um artigo (o 273.º do CPCP) para disciplinar a mediação em fase judicial. Ao se proceder a leitura do mencionado dispositivo legal, defluiu-se, com clareza solar, que o *poder* de que é detentor o juiz se reveste de manifesta *discricionariedade*, norteado, portanto, por critérios de conveniência e oportunidade⁹⁸.

⁹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 310, questiona: “Seria caso de agravo de instrumento ou mandado de segurança contra ato judicial? Alguma medida deve ser cabível para o controle das decisões judiciais reconhecedoras da prática de ato atentatório à dignidade da justiça. Ao menos nos casos de teratologia. Que as dúvidas se resolvam pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal.”

⁹⁴ “A União e os Estados podem criar fundos de modernização do Poder Judiciário, aos quais serão revertidos os valores das sanções pecuniárias processuais destinadas à União e aos Estados, e outras verbas previstas em lei”.

⁹⁵ Entretanto, sem qualquer razão lógica ou plausível, a multa por atentado à dignidade da justiça praticada no *curso da execução* é destinada ao exequente, à luz do art. 774, parágrafo único, do CPCB: “Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.” (grifos nossos)

⁹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 312, argumenta que “O fato de terem destinatários diversos não é motivo suficiente para apenar duplamente o praticante da improbidade processual, já que isto não altera a natureza da multa.”

⁹⁷ “O valor das sanções impostas ao litigante de má-fé reverterá em benefício da parte contrária, e o valor das sanções impostas aos serventuários pertencerá ao Estado ou à União”.

⁹⁸ O art. 273.º, n.º 1, estatui que o “juiz *pode* determinar o processo para mediação (...)” (destaque nosso).

O fato é que a doutrina tem sustentado o entendimento de que tal regramento representa, na prática, verdadeiro instrumento de *gestão processual* por parte do juiz⁹⁹, em evidente consonância com os objetivos e missão do processo civil contemporâneo.

Entende-se por gestão processual “a direção ativa e dinâmica do processo, tendo em vista, quer a rápida e justa resolução do litígio, quer a melhor organização do trabalho do tribunal”, cujo objetivo maior é “garantir uma mais eficiente tramitação da causa, a satisfação do fim do processo ou a satisfação do fim do ato processual”¹⁰⁰.

Ocorre que, apesar da imensa força insculpida na lei, merece *críticas* o fato de que os magistrados judiciais não têm invocado, na prática, o permissivo legal como hábil meio de resolução de controvérsias, do que resulta ser Portugal um dos países que contam com menor número de processos ultimados pela via da mediação¹⁰¹.

É preciso, destarte, que haja sensibilização e instigação da prática do mecanismo junto aos magistrados judiciais, aos advogados e à população residente em Portugal, a fim de *efetivar* o uso de tão importante ferramenta de resolução de controvérsias.

Ingressa-se, agora, na seara de apreciação dos *poderes do juiz conciliador*, cuja normatização também repousa, como dissecado alhures, em um único dispositivo legal, qual seja, o art. 594.º do CPCP¹⁰².

Mutatis mutandis, aqui também estamos diante de um *poder discricionário* a ser exercido pelo magistrado judicial, segundo um “juízo de oportunidade”¹⁰³, convindo apontar, aqui, uma diferença: uma vez deliberada a tentativa de conciliação, “o juiz *deverá* empenhar-se ativamente”, segundo o comando do n.º 3 do artigo acima invocado. Ora, ainda que resulte de um poder discricionário, estamos no campo de um *dever* a ser exercitado pelo juiz. Trata-se, curiosamente, de um *dever* que deriva de um *poder*!

⁹⁹ Para SOUZA, Miguel Teixeira de, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo código de processo civil”, disponível em http://www.academia.edu/5187428/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M._Apontamento_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_10.2013 (22.01.2019), p. 2, “O aspecto substancial do dever de gestão processual expressa-se no dever de condução do processo que recai sobre o juiz”, incluindo-se “(...) a possibilidade de o juiz remeter o processo para mediação, sempre que nenhuma das partes a tal se oponha (cf. art. 273.º, n.º 1)”.

¹⁰⁰ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, op. cit., p. 42.

¹⁰¹ MARTINEZ IGLESIAS, Maria José, “La Directiva de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su aplicación”, in *La mediación en Europa*, Margarita Garcia Tomé e José Luis Guzón Nestar (coord.), Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2015, p. 50.

¹⁰² O art. 594.º do CPCP utiliza as expressões “pode ter lugar” e “o juiz a considere oportuna”.

¹⁰³ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, *Código de processo civil anotado*, vol. 2.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 654, enfatizam a incidência, no âmbito da conciliação, do “juízo de oportunidade do juiz”, visto que o texto legal menciona que “pode a tentativa de conciliação ter lugar”.

3.3.1. A FIGURA DO JUIZ CONCILIADOR NO MODELO COOPERATIVO (PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO)

O art. 7.º, n.º 1, do CPCP¹⁰⁴ consagra, no seu bojo, o chamado *princípio da cooperação*, cujo objetivo precípuo é o alcance da justa composição do litígio¹⁰⁵.

O aludido princípio decorre da junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, caracterizando-se “pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual”¹⁰⁶.

Compete ao juiz, portanto, conduzir o processo com diálogo e equilíbrio, igualando-se paritariamente às partes, exceto no momento de decidir, em que assume uma função assimétrica e exclusiva¹⁰⁷.

A questão que se apresenta de extrema relevância é saber se o *poder* decorrente do princípio da cooperação se caracteriza por ser *discricionário*, norteador por critérios de conveniência ou oportunidade, ou tem contornos de verdadeiros *deveres* processuais.

A esse respeito, tem-se entendido que o princípio da cooperação atua de forma direta, “imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover”¹⁰⁸. Parece-nos ter sido esse também o

¹⁰⁴ “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

¹⁰⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de, “Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?”, disponível em https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015 (22.01.2019), salienta que “O dever de cooperação do tribunal prossegue uma finalidade estabelecida pela lei: esse dever destina-se, como se refere no art. 7.º, n.º 1, a alcançar a justa composição do litígio, o que demonstra que o dever de cooperação está ao serviço da obtenção de uma justa composição do litígio. Isto significa que, estando o processo na disponibilidade das partes e, por isso, não podendo o tribunal substituir-se às partes na definição do seu objecto e na prática de actos processuais, o dever de cooperação tem essencialmente uma função assistencial das partes (mesmo da parte revel)”.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, “A garantia do contraditório”, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a.%20a.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf> (22.01.2019).

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie, “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo.%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf (22.01.2019), p. 212. Acrescenta, ainda na mesma página, que “Pode-se dizer que a atividade processual é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado”.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 213.

entendimento do legislador português, ao inserir a expressão “devem” - ao invés de “podem” - no comando constante do art. 7.º, n.º 1, do CPCP.

Assim é que, dentre os deveres imputados ao tribunal, como resultado desse *modelo colaborativo*, destaca-se o chamado *dever de auxílio às partes*, consistente no fato de que “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento dos seus ónus ou deveres processuais”¹⁰⁹.

A imputação de tal *espécie* de dever tem gerado críticas por parte de estudiosos, mormente no que concerne à possível violação dos *princípios da igualdade* das partes, consubstanciado no art. 4.º do CPCP¹¹⁰, e da *imparcialidade*, quando do exercício de tais deveres processuais, sob o manto da *função assistencial*, por parte do tribunal. Isso porque “no adjetivo substancial, introduzido pelo DL 180/96, não pode ver-se a consagração do papel assistencial do juiz, em termos que lhe imponham a prestação de auxílio à parte dele carecida, fora dos casos em que uma lei especial o determine (assim, por exemplo, os arts. 590, n.ºs 2-b, 3 e 4, e 591-1-c)”, circunstância que colocaria “em risco a imparcialidade do tribunal”¹¹¹.

No que pertine especificamente à *conciliação judicial*, objeto do presente tópico de estudo, o que se almeja saber é a possibilidade de se sustentar a sua relação com o *princípio da cooperação*.

¹⁰⁹ SOUZA, Miguel Teixeira de, “Omissão do dever ...”, cit.

¹¹⁰ “O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou sanções processuais.”

¹¹¹ FREITAS José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, cit., p. 12. Em sentido contrário, SOUZA, M. Teixeira de, “Omissão do dever ...”, cit., sustenta que “(...) Aliás, o exercício da função assistencial do tribunal é indispensável para que o juiz tome uma decisão imparcial, ou seja, para que o juiz tome uma decisão com conhecimento de todos os dados relevantes. Passando, nesta matéria, para uma outra perspectiva, não é difícil demonstrar que o dever de cooperação do tribunal se situa num plano diferente daquele em que se pode discutir a parcialidade do tribunal. Efectivamente, se se afirma que o tribunal se torna parcial a favor de uma das partes quando cumpre em relação a esta parte o seu dever de cooperação, então também se deve concluir que o tribunal se torna parcial a favor da contraparte quando omite o dever de cooperação perante uma das partes. Quer dizer: se o tribunal cumpre o dever de cooperação a favor de uma das partes, torna-se parcial a favor desta parte; se o tribunal não cumpre o seu dever de cooperação a favor de uma das partes, torna-se parcial a favor da contraparte. Isto demonstra que não é possível analisar o dever de cooperação do tribunal no plano da parcialidade do tribunal, porque então haveria que inferir que, qualquer que fosse a posição do tribunal (cumprindo ou omitindo o dever de cooperação), ele seria sempre parcial a favor de uma das partes. Isto permite concluir que o tribunal só se torna parcial se cumprir o dever de colaboração sem que estejam reunidos os seus pressupostos ou se exceder os limites inerentes ao cumprimento desse dever. Dito de outro modo: a parcialidade do tribunal só começa onde acaba o dever de cooperação”.

Prima facie, afastaríamos de logo esse liame, tendo em vista que no art. 594º, n.º 1, do CPCP, ao contrário do que se deu no art. 7.º, n.º 1, do mesmo diploma, o legislador disciplinou o recurso à conciliação como um *poder discricionário* do juiz.

Todavia, em razão do quanto acima alinhavado e já em terreno de *problematização*, seria razoável questionar: a *conciliação* não seria passível de representar, na prática, *a mais valorosa expressão do princípio da cooperação*, na vertente do *dever de auxílio* do magistrado judicial às partes?

Note-se que aqui, ao contrário do que sói ocorrer em outras inúmeras situações, não há que se cogitar (nem à distância) do controvertido vilipêndio aos princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do juiz. Assim sendo, não seria o momento ideal para que o magistrado e as partes pudessem aplicar, *na prática e em todos os seus sentidos, significações e essência, o princípio da cooperação*? Ou, bebendo da sabedoria de CAETANO VELOSO, a conciliação judicial não seria a “mais completa tradução”¹¹² daquele princípio?

Entendemos que sim, conquanto tenha o legislador expressado que o aludido poder apresenta natureza discricionária, o que criticamos por acreditar que melhor seria o seu enquadramento em outras *vestes*, mais precisamente na de um *poder-dever*, com as consequências de descumprimento dele derivadas.

Para tanto, a designação da audiência de tentativa de conciliação deveria ser uma regra, *tendencialmente obrigatória*, quando coubesse, nos dizeres da lei, “no âmbito dos poderes de disposição das partes”¹¹³.

4 CONCLUSÃO

¹¹² Expressão extraída da música “Sampa”, de autoria de VELOSO, Caetano, cujo trecho é o seguinte: “(...) Ainda não havia para mim Rita Lee/A tua mais completa tradução (...)”, disponível em <https://www.letras.com/caetano-veloso/41670/> (22.01.2019).

¹¹³ Sobre o momento em que a audiência deveria ser realizada e a importância do contato do juiz com as partes, veja-se CAPELO, Maria José, “A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista?”, in *I Jornadas de Direito Processual Civil*, Valpaços, 2011, p. 122, disponível em: <https://sites.google.com/site/ippcivil/home> (12.12.2018), ao assinalar, com proficiência ímpar, que “Dever-se-á perspectivar a audiência preliminar como uma fase obrigatória? Se essa opção se justifica devido à importância, em nome do contraditório e da cooperação, de um contacto entre o juiz e as partes, quer me parecer mais razoável ‘antecipar’ para um momento útil de definição e de conformação da instância, tal como está previsto no Código Processo de Trabalho”.

Os institutos da mediação e conciliação intra-judiciais tiveram a devida atenção por parte dos ordenamentos jurídicos inglês, brasileiro e português, tendo em vista que foram contemplados, de forma expressa, no bojo das respectivas legislações de regência.

Ocorre que o traço de *similitude* praticamente se exaure quanto à previsão regulatória acima mencionada, visto que a forma como tais mecanismos foram internamente disciplinados é absolutamente *distinta* em cada um dos três sistemas jurídicos.

Na Inglaterra e no País de Gales, a implementação das CPR transferiu os poderes que antes se concentravam nos litigantes para os juízes, os quais passaram a deter, não somente o controle sobre o gerenciamento dos feitos, como também uma impressionante *discricionariedade* que lhes permite, através de uma *stay order*, suspender o processo e remeter as partes para a mediação. Além disso, os magistrados possuem a prerrogativa de aplicar (severas) sanções à parte desidiosa que se recusar - ou mesmo não se empenhar - para alcançar a solução consensual do conflito.

Ao revés, o Brasil optou por uma *intensidade legislativa* que praticamente suprimiu do juiz qualquer exercício de critérios de oportunidade e conveniência em matéria de mediação e conciliação intra-judiciais, seja no início do processo e antes da citação do réu, seja na audiência de instrução e julgamento. O poder conferido aos magistrados, no particular, mais se assemelha a um *poder-dever*, vinculado ao excessivo regramento hodiernamente existente, inclusive no que pertine à aplicação de sanções à parte faltosa, prévia e legalmente fixada.

Por outro lado, impera em Portugal exatamente o contrário: uma proposital (e sábia) *timidez legislativa*. Confere-se ao juiz o *status*, diante do caso concreto e também com vestes de discricionariedade, de provocar as partes a iniciarem uma tentativa de mediação ou mesmo de presidir, de forma ativa, uma tentativa de conciliação. Todavia, na prática, são *incipientes* os casos resolvidos consensualmente pelos aludidos métodos de resolução alternativa de conflitos na fase judicial, a despeito de se traduzirem como importantes *instrumentos* de viabilização do *modelo colaborativo*, expressamente sufragado – e incentivado – na lei portuguesa.

Destarte, depreende-se que, conquanto os sistemas inglês, brasileiro e português tenham destacado a importância da mediação e conciliação intra-judiciais no âmbito dos seus respectivos ordenamentos jurídicos, os *olhares* desferidos sobre a mesma temática

foram *dissonantes*, fazendo-nos lembrar, *in fine*, de célebre e inesquecível escólio de CALAMANDREI: “Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso que um dos dois traiu a verdade?”¹¹⁴.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, “O case management inglês: um sistema maduro?”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP*, José Carlos Barbosa Moreira (patrono), Ano V, Vol. VII, UERJ, Rio de Janeiro, 2011, pp. 288-335.
- ANDREWS, Neil, *Principles of civil procedure*, Sweet & Maxwell, Cambridge, 1994.
- BARBOSA, Joyce de Matos; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de, “O instituto da mediação”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n.º 21 (primeira parte), 2009, pp. 133-155.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Código de processo civil interpretado*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 2005.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 905-910.
- BUENO, Cassio Scarpinella, *Novo código de processo civil anotado*, 3.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017.
- CALAMANDREI, Piero, *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, Eduardo Brandão (trad.), Martins Fontes, São Paulo, 1995.
- CAMBI, Eduardo, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 969-997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CAPELO, Maria José, “La médiation, une autre voie de justice au Portugal?”, in *New Development in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Carlos Esplugues / Louis Marquis, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 547-556.
- _____, “A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista?”, in *Jornadas de Direito Processual Civil*, Valpaços, 2011, pp. 121-134, disponível em <https://sites.google.com/site/ippcivil/home> (01.12.2018).

¹¹⁴ CALAMANDREI, Piero, *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, Eduardo Brandão (trad.), Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 125.

- CEBOLA, Cátia Marques, *La mediación*. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- DIDIER JR., Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1, 18.^a ed., JusPodivm, Salvador, 2016.
- _____, “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”, pp. 2017-217, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf (22.01.2019).
- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras notas ao novo código de processo civil*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2013.
- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona, “Nova justiça. Velho idealismo, mediação e conciliação”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*, António José Moreira (coord.), Almedina, Coimbra, 2006.
- FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade ou a justiça com o coração: a propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7Ba83fee07-fbee-44a1-86d7-bef33f38eb86%7D.pdf> (10.12.2018).
- FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, *Código de processo civil anotado*, vol. 1.^o, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- _____, *Código de processo civil anotado*, vol. 2.^o, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 301-325.
- GARCIA, Maria Olinda, “Gestão contratual do risco processual. A mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial”, in *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, António Pinto Monteiro (coord.), Instituto Jurídico FDUC, Coimbra, 2015, pp. 165-188.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, “O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades”, in *Publicações da Escola AGU*, Brasília, 2016, disponível em <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-eevolu%C3%A7%C3%A3o.pdf> (12.12.2018).
- HILL, Flavia Pereira [et al.], “Procedimento”, in *O marco legal da mediação no Brasil*, Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral (org.), Atlas, São Paulo, 2015, pp. 129-190.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso, *Lei da mediação comentada*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- MACIEIRA, Jorge, conferência sobre “*Balanço sobre o novo processo civil*”, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, disponível em http://www.macieira-law.pt/downloads/novoCPC_mediacao.pdf (10.12.18).
- MARTINEZ IGLESIAS, Maria José, “La diretiva de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su aplicación”, in *La mediación en Europa*, Margarita Garcia Tomé e José Luis Guzón Nestar (coord.), Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2015, pp. 19-58.

- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao código de processo civil: novo cpc*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, “Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil”, in *Revista Jus et Pax*, Año 18, n.º 2, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 2012, pp. 243-294.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, “A garantia do contraditório”, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a.%20a.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf> (22.01.2019).
- PEREIRA, Albertina, “A mediação e a (nova) conciliação”, in *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos Publicados na Newsletter DGAE*, Agora Publicações, Lisboa, 2006, pp. 188-196.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina Pinho; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa, *A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3> (12.12.2018).
- PRINCE, Susan, “ADR after the CPR: have ADR initiatives now assured mediation an integral role in the civil justice system in England and Wales?”, in *The civil procedure rules ten years on*, Déirdre Dwyer (Editor), Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SHIPMAN, Shirley, “Alternative dispute resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court”, in *The civil procedure rules ten years on*, Déirdre Dwyer (Editor), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-355.
- SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- SIME, Stuart, *A practical approach to civil procedure*, Sixteenth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- SOUZA, Miguel Teixeira de, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo código de processo civil”, disponível em http://www.academia.edu/5187428/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Apontamento_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_10.2013 (22.01.2019).
- _____, “Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?”, disponível em https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015 (22.01.2019).
- SPADONI, Joaquim Felipe, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 1099-1100.
- TAN, H.S.A., “Alternative dispute resolution in civil justice”, disponível em <https://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB18982.pdf> (12.12.2018).
- TARTUCE, Fernanda, in *Breves comentários ao novo código de processo civil*, Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coord.), 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 577-601.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Processo justo e contraditório dinâmico”, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, São Leopoldo, 2010, pp. 64-71.
- _____, *Código de processo civil anotado*, 20.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2016.
- VARGAS, Lúcia Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Almedina, Coimbra, 2006.

- VELOSO, Caetano, “Sampa”, disponível em <https://www.lettras.com/caetano-veloso/41670/> (22.01.2019).
- VEZZULA, Juan Carlos, *Mediação - teoria e prática - guia para utilizadores e profissionais*, 2.^a ed., Agora Comunicação, Lisboa, 2006.
- VICENTE, Dário Moura, “Mediação comercial internacional”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios II*, Almedina, Coimbra, 2005.
- ZINGALES, Ignazio, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, disponível em <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/176/Zingales.pdf> (12.12.2018).
- ZUCKERMAN, Adrian, *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013.

Endereços Web

- <http://dirittoetutela.uniroma2.it/>
- <https://dre.pt/>
- <http://eur-lex.europa.eu/>
- <http://www.abdpc.org.br/>
- <http://www.academia.edu/>
- <https://www.argentina.gob.ar/>
- <http://www.cnj.jus.br/>
- <https://www.irbnet.de/>
- <http://www.judicium.it/>
- <http://www.jusbrasil.com.br/>
- <https://www.justice.gov.uk/>
- <https://www.lettras.com/>
- <http://www.macieira-law.pt/>
- <https://www.oa.pt/>
- <http://www.pgdlisboa.pt/>
- <http://www.planalto.gov.br/>
- <http://www.pordata.pt/>
- <http://www.publicadireito.com.br/>

Jurisprudência

- Acórdão do Superior Tribunal de Justiça:
Recurso Especial nº 5442/RJ, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595198/recurso-especial-resp-5442-rj-1990-0010016-0>.
- Acórdão do Superior Tribunal de Justiça:
Recurso Especial nº 201.356/RJ, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418610/recurso-especial-resp-201356-rj-1999-0005155-6>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:
Apelação Cível nº 10567150028627001, disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28893555/paragrafo-8-artigo-334-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015/jurisprudencia>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:
Apelação Cível nº 21597683520178260000, disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28893555/paragrafo-8-artigo-334-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015/jurisprudencia>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:
Apelação Cível nº 70074337817, disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28893555/paragrafo-8-artigo-334-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015/jurisprudencia>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia:
Apelação Cível nº 5136265520168050001, disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28893555/paragrafo-8-artigo-334-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015/jurisprudencia>.