

Gustavo Henrichs Favero

DIREITO NOTARIAL

e DESJUDICIALIZAÇÃO

Teoria e Prática

De acordo com o Provimento
no 196/2025 do CNJ

3ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2026



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

DESJUDICIALIZAÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO: ART. 42 DA LEI Nº 13.140/15 E PROVIMENTO Nº 67/2018 DO CNJ

9.1. INTRODUÇÃO

Com pretensão de sistematizar metodologicamente o evoluer histórico¹ – dogmático dos meios alternativos-adequados² de resolução de

1. A referida evolução histórica será circunscrita à tradição do direito luso-brasileiro, por constituir objeto do presente trabalho. Para maiores detalhamentos do conceito de “tradição”, consultar: FRIEDRICH, Carl. *Tradição e autoridade em ciência política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 32-48; e HOBBSAWN, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 9 e ss. Assim, não se desconhece a presença de métodos autocompositivos de resolução de conflitos desde o início da humanidade, com menção, inclusive, na tradição judaico-cristã, desde o Velho Testamento (nesse sentido: DOLINGER, Jacob. *Conciliação e arbitragem no direito judaico*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002. p. 57-76) e nos costumes locais (*urf*) da tradição islâmica, posteriormente tornados lei por intermédio da shari’a (HOURANI, A. *A history of the Arab peoples*. Nova York: Warner Books, 1991, p. 55-76). Os exemplos históricos do oriente – sempre pródigos quando o assunto é mediação – também revelam que mecanismos autocompositivos sempre existiram em sua cultura, principalmente pela influência direta do confucionismo na época “Primavera-Outono” (770-476 a.C.), conforme: ZHANG, Baifeng. *Judicial system in China*. 2. ed., Pequim: Law Press, 2016, p. 356. Assim é que “na dinastia Zhou de Oeste, cerca de 3.000 anos atrás, foram instituídos postos oficiais designados como ‘Tiao Ren’ (mediador) e ‘Xu Li’ (Petty Oficial, um cargo de baixo nível para resolver conflitos de pequenas causas) especializados no acalramento de conflitos através de conciliação e mediação. A partir do primeiro império unificado e centralizado pela dinastia Qin (221 a.C.), a mediação passou a ser mais institucionalizada [...] No apogeu da prosperidade da China feudal, na dinastia Tang (Império Médio, 618-907 d.C.), a mediação começou a ser uma tramitação processual anterior à ação judicial [...] Na dinastia Ming (1368-1644 d.C.) a mediação foi formulada e consagrada pela Lei de Grande Ming – o Código mais importante desta dinastia – tornando-se formalmente uma instituição jurídica. Cada aldeia estabelecia um ‘Pavilhão de Expressar Opiniões’ (Shenming Ting, em chinês), onde os idosos, chefes de clãs e oficiais administrativos ouviam atentamente posições diversas das partes, presidiam a mediação neutral e procuravam soluções pacíficas. Na última dinastia feudal, dinastia Manchu, encontravam-se

conflitos,³ com enfoque nos mecanismos autocompositivos,⁴ propõe-se três etapas distintas⁵ no direito brasileiro:⁶

- oficiais administrativos nomeados para cada unidade administrativa na base de famílias (sistema de Bao Jia)” (DAN, Wei. Tradição e inovação: desenvolvimento recente mediação na China. *Revista de direito do consumidor*, vol. 88, p. 13-35, jul./ago., 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais). Portanto, “bem mais relevante é a diferenciação concernente ao significado, ao valor e ao impacto histórico da mediação em ordenamento como aqueles asiáticos. Em semelhantes contextos, é substancialmente impróprio utilizar a expressão mediação na acepção ocidental, tendo em conota que as tradicionais propensões culturais e religiosas configuraram a mediação como verdadeiro e mais apropriado modelo de resolução dos conflitos” (DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vicenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo civil comparado*. Uma perspectiva evolutiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 87).
2. Para as devidas distinções e críticas na utilização de cada uma das expressões (alternativos e adequados): RESNIK, Judith. *Processes of the law*. Understanding Courts and their alternatives. New York: Foundation Press, 2004, p. 96 e ss; e BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. 230-257. De forma emblemática, em sentido radicalmente oposto, advogando que métodos autocompositivos seriam perniciosos, os argumentos lançados em: FISS, Owen. Against settlement. *Yale Law Journal*. n. 93. New Haven: Yale University Press, 1983. Há quem argumente que métodos alternativos sejam insidiosos, que o Estado promoveria por razões de avareza, ao economizar com o sistema de justiça tradicional (nesse sentido: MURRAY, Peter L. *The privatization of civil Justice*. Harvard: Harvard Press, 2007, p. 283-303), criticando, inclusive, a ideia de que mediação ou conciliação entregariam justiça, pois, em verdade, apenas reduzem a oportunidade de se receber justiça substantiva (nesse sentido: GENN, Hazel. *Judging civil Justice*. Cambridge: University Press, 2010, p. 119-125). Em uma visão equilibrada, constata-se que “certamente o método do acordo não é perfeito. Possíveis objeções aos acordos (incluindo os acordos mediados) são: (1) as partes no acordo podem não compreender completamente suas respectivas posições; (2) as partes podem ser significativamente desiguais em diversos aspectos; (3) uma parte pode ter conseguido o acordo por uma relação clandestina; (4) o fundamento dos direitos civis das partes não deveria ser limitado pelas concessões; (5) a avaliação do mérito deve ser ponderada, precisa e rigorosa; (6) o holofote público sobre os julgamentos brilharia sobre sérios riscos de erro” (ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. *Revista de processo*, vol. 211, p. 281-316, set. 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais). Em sentido análogo: BUSH, Robert A. Mediation and adjudication, dispute resolution and ideology: an imaginary conversation. *Journal of Contemporary Legal Issues*. n. 3, 1989, p. 1-33.
 3. Sobre a necessidade de estudos e aprofundamento sobre meios alternativos ou adequados de resolução de conflitos, no direito de tradição romano-germânica, pode-se citar os estudos de: CHEVALIER, Pierre; DESDEVICES, Yvon; MILBURN, Philip. *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*. Paris: La documentation française, 2006; TROCKER, Nicolò. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 438 e ss; MOORE, Christopher W. *The mediation process*. Practical strategies for resolving conflict. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.
 4. Para o devido aprofundamento e visão panorâmica dos MASC's, consultar o clássico: GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H. Cole; RUDOLPH, Sarah. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other process*. 4 ed., New York: Aspen Publishers. Em linhas básicas, mecanismos ou métodos autocompositivos consistem na “forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 95), ou “resolução da controvérsia pelo sacrifício, por um dos litigantes, no todo ou em parte, do seu interesse próprio em favor do outro” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 1, 13 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 101).
 5. Ao contrário, em um panorama de direito comparado, a proposição de duas etapas apenas (conciliação pré-processual e conciliação incidental): DENTI, Vittorio; VIGORITI, Vicenzo. Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit. Rapport général. In: *VII Congresso Internacional de Direito Processual*. Würzburg: Ed Gieseking-Verlog Brelefeld, 1983, p. 350-366.
 6. O enfoque é na dogmática nacional, embora se realize, sempre que necessário, paralelos com as legislações estrangeiras. Para uma visão panorâmica de métodos adequados de solução de conflitos em

- a) a primeira, de caráter mandatório e pré-processual;
- b) a segunda, de cariz incidental ao processo, realizada por agentes judiciais;
- c) a terceira, de sublimação e protagonismo em relação às antecessoras, de natureza híbrida, pois pode ser exercida judicial ou extrajudicialmente, em que se insere a hodierna medição por notários e registradores (desjudicialização autocompositiva).

Nesse diapasão, “tende a configurar-se seja como propriamente alternativa ao processo, seja como uma nova modalidade de processo ou como parte do seu próprio desenvolvimento”.⁷

Etimologicamente, mediar possui gênese latina em *mediare*, evocando o sentido de centro, “compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre os conflitantes, não sobre”.⁸

O *Uniform Mediation Act* dispõe em seu item (1): “mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute”.⁹

Redação similar se encontra no art. 3º da Diretiva 52/2008 do Conselho da União Europeia,¹⁰ de cariz vinculante em litígios transnacionais, outrora mera exortação (Recomendação 98/257/CE; Recomendação 2001/310/CE; e o Livro Verde sobre ADR, de 19 de abril de 2022).¹¹

Pragmaticamente, Goldberg afirma que “mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party”.¹²

perspectiva comparada, consultar: VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia: il metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, *passim*.

- 7. DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo civil comparado*. Uma perspectiva evolutiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 84.
- 8. SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos*. Da teoria à prática. Porto Alegre: Multideia, 2016. p. 20.
- 9. Disponível em [www.adr.org]. Acesso em 07 de setembro de 2022.
- 10. Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:P DF]. Acesso em 07 de setembro de 2022.
- 11. HOPT, Klaus; STEFFEK, Felix. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: University Press, 2013, p. 44 e ss.
- 12. GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H. Cole; RUDOLPH, Sarah. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other process*. 4 ed., New York: Aspen Publishers, p. 111. Em sentido análogo, pode-se caracterizar a mediação como “procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a

9.2. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA NO SISTEMA DO DIREITO ROMANO-GERMÂNICO-CANÔNICO

É consabido que na península ibérica o desenvolvimento do processo escrito deu-se com menos vigor, porquanto o direito canônico somente influenciou os *usus* a partir do século XIII (estabilizando-se no século XV)¹³ como direito subsidiário às normas locais.¹⁴

Estruturou-se a burocracia judiciária com a criação de *juízes de fora*, no século XIII.¹⁵ A edição de regras como o *Fuero Real*, de 1252, bem como a tradução das *Siete Partidas*, de 1300, corporificaram legislação e doutrina, respectivamente, com vocação à oralidade e às reminiscências romanísticas.¹⁶

Destarte, na tradição luso-brasileira, imantada pelos ideários do processo oral¹⁷

llegar a un acuerdo” (ÁLVAREZ. Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 135).

13. LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Vol. II, Lisboa: Estampa, 1984, p. 67.
14. FREIRE, Pascoal José de Mello. Instituições de direito civil português. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 162, 1966, p. 65.
15. CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 4 ed., Lisboa: Verbo, 2000, p. 230 e ss.
16. HESPAÑA, António Manuel. *História das instituições*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 426 e 491.
17. A oralidade é forma das mais antigas de comunicação social, associada à gênese do pensamento humano. Ocuparam-se do tema linguistas, semiólogos, sociólogos, historiadores, psicólogos e antropólogos. Como não poderia ser diferente, no âmbito jurídico seus estudiosos também dedicaram tempo ao assunto. A tese não possui como objeto o processo oral, embora o estudo dele seja indispensável à compreensão da atual quadratura desenvolvida nos meios autocompositivos de resolução de controvérsias. Destaca-se entre os cultores do processo oral destaca-se Chiovenda, que influenciado parcialmente pela obra de Wach (*Mundlichkeit und schriftlichkeit*. In: WACH, Adolph. *Vorträge über die Reichs-civilprozessordnung*. Bonn: Adolf Marcus, 1879), observou que as legislações processuais da maioria dos estados continentais europeus – à exceção da Itália – privilegiavam a oralidade. Auferiam, destarte, notável velocidade procedimental. Na Itália, sob a égide do *Codice* de 1865 foi editada, em 1901, a lei de procedimento sumário, força motriz do proselitismo *chiovendiano*. Entretanto, seu ideário tão-somente geraria frutos em 1940, com a edição de um novo *Codice*. Vale destacar que a noção/definição de oralidade mais conhecida e propagada na doutrina nacional pertence ao autor, para quem “a oralidade é um princípio fundamental do processo segundo o qual as deduções das partes devem fazer-se a viva voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa, estreitamente conexas com os seguintes princípios: a) imediação na relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve apreciar; b) identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa; c) concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas; e d) irrecorribilidade das interlocutórias em separado” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. I, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 52). Sobre o assunto, conferir: L’oralità e la prova. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 1. Padova: La Litotipo Editore, 1924; Procedimento oral. *Revista Forense*, n. 74. Rio de Janeiro: Forense, 1938; Le forme nella difesa giudiziale del diritto. *Saggi di Diritto Processuale*, v. I, Milano: Giuffrè, 1993; Relazione su progetto di riforma nel procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra. *Saggi di Diritto Processuale*, v. II, Milano: Giuffrè, 1993; Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (l’oralità e la prova). *Saggi di Diritto Processuale*, v. II. Milano: Giuffrè, 1993; L’idea romana nel processo civile moderno. *Saggi di Diritto Processuale*, v. III. Milano: Giuffrè, 1993; Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi

canônico desde a *Clementia Saepe* de 1306,¹⁸ que mitigou o *solenis ordo iudiciorum* e introjetou um juízo prévio de admissão da demanda,¹⁹ influenciou-se de forma manifesta os estatutos italianos,²⁰ o *Code Louis* de 1667 e principalmente o direito reinol das Ordenações Filipinas,²¹ consoante Livro III, Título XX, § 1º, ao reproduzir as Ordenações Manuelinas de 1521 (Livro III, Título XIV, § 1º), mencionava, em tom profético e literário, que

civili moderni. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. De seu turno, Calamandrei, embora cultor da oralidade, na linha do pensamento *chiovendiano*, possuía o tirocínio para perceber que a mesma, como valor útil à realização procedimental, necessitava deixar de ser a tônica das reformas processuais para albergar normas constitucionais, preservando a essência da oralidade como valor secundário, válido à consecução de determinadas espécimes procedimentais. Necessário, em seu pensamento, a coexistência de elementos orais com o “princípio” da escritura, determinando que o problema entre ambos não era de mútua exclusão, mas de predomínio ou coordenação. Embora não possuía nenhuma monografia específica, o pensamento infere-se dos seguintes ensaios: *Oralità nel processo*. *Opere giuridiche*, vol. 1; Premissas políticas do projeto de Código Processual Civil italiano. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense; L'avvocatura e la riforma del processo civile. *Studi senesi*, v. 35, 1920, p. 165-229; Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi. *Opere giuridiche*, vol. 9; Le lettere e il processo civile. *Opere giuridiche*, v. 10; La terza edizione dei “Principi” di Giuseppe Chiovenda. *Studi sul processo civile*, vol. 4; L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco. *Opere giuridiche*, vol. 9; Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cedam; La riforma del processo austriaco e germanico al convegno dei processualisti tedeschi. *Opere giuridiche*, vol. 9; Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento. *Studi sul processo civile*; Le controversie del lavoro e l'oralità. *Opere giuridiche*, vol. 9; Il processo inquisitorio e il diritto civile. *Opere giuridiche*, vol. 1. Posteriormente, Cappelletti repropôs o debate acerca da oralidade, de matriz *chiovendiana*, como forma de facilitação do acesso à justiça. A proposta não era generalista, como pretendia Chiovenda, a combater todos os males do processo. Era direcionada, sobretudo, aos procedimentos diferenciados/simplificados, acompanhando-se de reformas outras no sistema jurídico extraprocessual. A oralidade perde seu caráter de espinha dorsal de eixos reformistas e transforma-se em assunto tópico. O resultado mais conhecido foi a divisão proposta por Cappelletti em “novas dimensões da justiça na sociedade contemporânea (constitucional, transnacional e social. Esta, subdividida em três ondas: assistência jurídica aos necessitados; tutela jurisdicional de interesses especialmente vulneráveis; criação de procedimentos simples, acessíveis e econômicos, voltados à transação e conciliação). Conferir, do autor: Acesso a la giustizia comme programma di riforma e comme metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 31. Padova: Cedam, 1982; Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano. *Proceso, ideología, sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974; Proceso oral y proceso escrito. *La oralidad de las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1972; Valor actual del principio de oralidad. *La oralidad de las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1972; *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* – Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria nel sapere delle parti ne processo civile. Parte Prima. Milano: Giuffrè, 1974. Dessa forma, “em 1942, face a influência de fatores políticos, através do que a idéia do processo oral de resto é absolutamente independente, foi possível levar-se a cabo a radical reforma da nossa legislação processual, e introduzir em um novo código, mesmo que de forma incompleta, o princípio e o sistema da oralidade” (SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*. 7 ed., v. 1, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, p. 305).

18. CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno. In: *Rivista di diritto processuale civile*, 9, 1932, p. 324.
19. Nesse sentido: FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Processo, procedimento, mito jurídico. In: *Temas del ordenamento procesal*. T. 1: História. Madrid: Tecnos, 1996, p. 448; FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Ensayos sobre procesos complejos*: la complejidad em los litigios. Madrid: Tecnos, 1991, p. 184-185.
20. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.
21. No que tange às Ordenações do Reino, a oralidade estava presente desde o início do procedimento, com previsão de demanda oral, sem a obrigatoriedade de formação do libelo (Ord. Fil. 3.30.1; Ord. Man. 3.20; Ord. Afon. 3.24). Igualmente, a resposta do réu poderia ser oral, vez que era ouvido *sumariamente per palavra* (Ord. Fil. 3.30.1).

“no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que antes que façam despesas, e se sigam entre elas ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isso que dizemos, de reduzirem as partes à concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer”.

Preceito reproduzido igualmente no Livro III, Título XXV, § 5º das Ordenações Afonsinas, símil à demanda oral nos principados germânicos da baixa idade média, em que o escabino (*Schoffen*)²² reduzia a escrito a postulação e proposta de conciliação (*in die Feder zu dictiren*).²³

9.3. AS TRÊS ETAPAS EVOLUTIVAS DOS METÓDOS AUTOCOMPOSITIVOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

9.3.1. A primeira etapa: conciliação pré-processual obrigatória

Nessa *primeira etapa evolutiva*, inspirada na legislação da Europa continental (principalmente o art. 6º do Cap. V da Constituição Francesa de 1791),²⁴ a conciliação tornar-se-ia obrigatória no Brasil Independente (arts. 161 e 162 da Constituição Imperial de 1824),²⁵ com a criação da justiça de paz²⁶ pelo art. 5º, I, da Lei de 15 de outubro de 1827²⁷ – o que foi albergado pelo art. 6º da Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil de 1832²⁸ e posteriormente reproduzido no art. 23 do Regulamento 737 de 1850.

22. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 28. Acerca dos “atores” processuais, também a explicação vertida em: CAENEGEM, R. C van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 31 e ss.
23. MILLAR, Robert Wyness. Formative principles of civil procedure. In: ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. New York: Rothman Reprints, p. 51; GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22 e ss; KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 24.
24. BARBI, Celso Agrícola. O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos. *Revista de processo*, vol. 39, p. 119-121, jul./set., 1985. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
25. PAHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 310.
26. A tentativa de conciliação prévia perante o “juiz de paz” era pressuposto constitucional para a propositura da demanda, porque “*sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum*” (art. 161). Sobre a origem da justiça de paz, controverte-se se inicialmente existiu em França ou na Espanha, conforme excuroso realizado em: OVALLE FAVELA, José. La justicia de mínima cuantía. In: *Estudios de derecho procesal*. México: Universidad Autónoma, 1981, p. 195 e ss.
27. LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve notícia histórica do direito processual civil e de sua literatura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 3.
28. Para Paula Baptista o preceito era inútil, porque reproduzia expressamente o texto constitucional. (BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil com o commercial e de*

Assim é que o Regulamento 737, por força do Decreto 763, de 19.09.1890,²⁹ emanado do governo republicano alçado ao poder, teve aplicação ao contencioso cível,³⁰ superando tecnicamente o processo desenhado pelo Livro III das Ordenações Filipinas, conjugado com Disposições Provisórias de 1832 (e respectivas contrarreformas de 1841 e 1842),³¹ como na Consolidação Ribas, de 1876, ao minudenciar a conciliação (arts. 185 a 200).

Contudo, mesmo após, destacavam-se a concretização de diversos atos em audiência, principalmente tentativa de conciliação, que condicionava a propositura do pedido judicial (arts. 23 a 34), como se verificava no art. 625-D da CLT, introduzido pela Lei nº 9.958/2000, declarado inconstitu-

hermenêutica jurídica. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 1909, p. 4). Ao contrário, Moacyr Lobo da Costa avivava que a Disposição Provisória de 1832 antecipara, em um século, as ideias de oralidade que revolucionariam o processo da Europa continental: “antecipando-se a Chiovenda e aos demais pregoeiros da oralidade processual e seus postulados, os autores da reforma de 1832 consagraram, com quase um século de antecedência, os princípios da imediatidade do juiz com as provas, da publicidade dos atos probatórios, especialmente inquirição de testemunhas, da simplificação das cartas de sentença para execução, da irrecorribilidade em separado dos despachos ordinatórios e interlocutórios, da unirrecorribilidade das sentenças definitivas ou com força de definitivas pela apelação, da eventualidade com a supressão da réplica e da tréplica, o que impunha às partes o dever de deduzir no libelo e na contrariedade todas as questões e todos os argumentos em prol do seu direito, em suma, da maior parte daqueles requisitos que muitos anos mais tarde iriam ser apontados pelos processualistas europeus como condição de aprimoramento do processo civil” (LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 10).

29. Determinava seu art. 1º: “são aplicáveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, exceto as que se contêm no título 1º, no capítulo 1º do título 2º, nos capítulos 4º e 5º do título 4º, nos capítulos 2º, 3º 3º e seções 1º e 2º do capítulo 5º do título 7º, e no título 8º da primeira parte”.
30. As apreciações a respeito do Regulamento 737, de 1850 oscilam na doutrina, conforme Moacyr Lobo da Costa (*Breve notícia histórica do direito processual civil e de sua literatura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 32): “como foi lembrado por Alcides de Mendonça Lima, em página de serena crítica histórica, divergem as opiniões dos tratadistas quanto à real significação do Regulamento na evolução do direito nacional e dos seus méritos como diploma processual. Enquanto juristas de maior tomo, em maioria, consideram-no verdadeiro monumento legislativo, que marcou uma fase de progresso em nosso direito processual, pela técnica, pela linguagem clara e precisa e pela simplificação dos atos e termos processuais; o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América; algumas discordâncias se fizeram ouvir, de restrições a tais encômios. Pontes de Miranda considera-o ‘decreto defeituoso, mal concebido, fácil, por superficial e evado de graves fugidias às mais sérias dificuldades científicas’, e José Frederico Marques sustenta que ‘o famoso e decantado Regulamento n. 737 é um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do Direito Processual, da época que foi elaborado’. O Regulamento, porém, deve ser observado em função de seu tempo e de acordo com a mentalidade brasileira no momento de sua elaboração e de sua promulgação.”
31. Essa é a opinião da época, estampada em Paula Baptista. A propósito, conferir: BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 1909, *passim*.

cional³² por violação art. 5º, inc. XXXV da CRFB (STF, ADI's nº 2.139, 2.160 e 2.237).³³

Contemporaneamente, na América-Latina, essa condicionante – tratada como “requisito de procedibilidade” – verifica-se em matéria trabalhista e administrativa na Colômbia (arts. 22 e 59 da Ley Nacional nº 23/1991, regulada pelo Decreto nº 1818/98), além da *Ley de mediación y conciliación* nº 24.573/1995, regulamentada pelo Dec. 91/1998, do direito argentino,³⁴ e no art. 255 da Constituição do Uruguai, ao dispor que “no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditar previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz”.

Nesse contexto amplo de mediação prévia mandatória, inserem-se Chile (arts. 46 e 103 da Ley 19.968), Nicarágua (Ley 260/95), Paraguai (Leis 26.876/97 e 1879/2002) e Peru (Ley 26.872/97). Outrossim, em algumas hipóteses de tipologias conflituais, como a *pretrial conference* (rule 16 c (2) (1) da *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana)³⁵ e a audiência

32. Defendendo a inconstitucionalidade, em sede doutrinária, por todos: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. In: *Revista de Processo*. Vol. 108, p. 23-31, out./dez. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. De outro vértice, ao longo do trâmite legislativo, assinalando que o preceito seria constitucional: GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense 1996, p. 940-996.

33. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 1º A 4º DO ART. 625-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT, ACRESCIDO PELA LEI N. 9.958, DE 12.1.2000. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA – CCP. SUPOSTA OBRIGATORIEDADE DE ANTECEDENTE SUBMISSÃO DO PLEITO TRABALHISTA À COMISSÃO PARA POSTERIOR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INTERPRETAÇÃO PELA QUAL SE PERMITE A SUBMISSÃO FACULTATIVAMENTE. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. INC. XXXV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS §§ 1º A 4º DO ART. 652-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT. 1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em obediência ao inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário. 2. Contraria a Constituição interpretação do previsto no art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho pelo qual se reconhecesse a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista. Interpretação conforme a Constituição da norma. 3. Art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho: a legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, sendo importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser estimulada, não substanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição aos §§ 1º a 4º do art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente.

34. GOZÁÑI, Osvaldo Alfredo. *Ley de mediación y conciliación: régimen procesal de la mediación*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 30 e ss.

35. DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vicenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo civil comparado*. Uma perspectiva evolutiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

obrigatória no sistema italiano (Dec, Leg. 69/2013), embora não se afigure presente na maioria dos sistemas jurídico-processuais modernos, inclusive naqueles em que promanam maior ênfase na conciliação, como o chinês (art. 3º da Lei de Mediação Popular; e art. 6º do Regulamento Orgânico da Comissão Mediadora Popular).³⁶

O instituto, tendencialmente – e com certa homogeneidade entre os ordenamentos – submete-se à noção de *voluntariedade*, como expressamente proclama o art. 6º da *Ley 5/2012* espanhola, o art. 85 da *Ley 1770* de Arbitraje y Conciliación boliviana e o art. 3º da *Ley 7.727* da Costa Rica.

9.3.2. O rompimento da tradição no período republicano

O rompimento da tradição, isto é, a natureza mandatória do ato, deu-se no período republicano, com o Decreto 359 nº de 26.04.1890,³⁷ e com a Constituição Republicana de 1891, que em seu art. 34, n. 23 – seguindo orientação de Campos Sales, em rompante descentralizador sem precedentes históricos –, outorgou aos Estados federados autonomia legislativa no campo processual civil (art. 65, n. 2).³⁸

Destarte, a maioria das unidades federativas criou leis processuais próprias,³⁹ embora em nenhuma delas haja a conciliação prévia obrigatória,

36. DAN, Wei. Tradição e inovação: desenvolvimento recente mediação na China. *Revista de direito do consumidor*, vol. 88, p. 13-35, jul./ago., 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; ZHANG, Baifeng. *Judicial system in China*. 2. ed., Pequim: Law Press, p. 299 e ss.

37. LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 57. Assim, “na República, pelo Decreto n. 359, de 1890, extinguiu a obrigatoriedade da tentativa conciliatória, inclusive pelo argumento de que a prática teria revelado a onerosidade do instituto, sua inutilidade como instrumento de composição dos litígios. Em vários Estados, contudo, a conciliação foi mantida em caráter facultativo, geralmente confiado à Justiça de Paz. No Rio Grande do Sul, a Lei n. 10, de 16.12.1895, decretada por Júlio de Castilhos (Lei de Organização Judiciária), dispunha competir aos então ‘juízes districtaes’ o ‘homologar dentro de sua alçada os compromissos entre pessoas capazes de contractar’ (art. 74, § 2.º). Tradicionalmente os sucessivos Códigos de Organização Judiciária de nosso Estado têm atribuído aos juizes de paz dos distritos rurais o ‘conciliar as partes que espontaneamente recorrerem ao seu juízo’, atribuição esta aliás que, pela inteira ausência de qualquer forma processual, não ultrapassa os limites da mera mediação amigável e não ingressa, destarte, no plano jurídico” (CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo código de processo civil. *Revista de processo*, vol. 2, p. 95-101, abr./jun., 1976. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

38. A pluralidade de diplomas processuais foi criticada por João Mendes Júnior (*A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo*. São Paulo: Siqueira, 1915, *passim*). Defendeu a opção Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, *passim*).

39. Cronologicamente: Código de Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Sul (Lei 65, de 15.01.1908), Código de Processo Civil e Commercial do Estado do Maranhão (Lei 507, de 15.01.1909), Código de Processo Civil e Commercial do Estado do Espírito Santo (Dec. 1.882, de 17.07.1914), Código de Processo Civil, Commercial, Penal e Orphanológico do Estado da Bahia (Lei 1.121, de 21.08.1915), Código

malgrado o dúbio aspecto redacional do art. 36, §§ 1º e 2º da Lei de Organização Judiciária da Bahia de 1915, e do art. 369 do Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo de 1930.⁴⁰

Com a reunificação da competência legislativa em matéria processual pela Constituição Federal de 1934 (art. 5º, inc. XIX, alínea “a”) – mantida na Carta de 1937 e na Constituição vigente (art. 22, inc. I) –, apresentou-se o Dec.-Lei 1.608, de 18.09.1939,⁴¹ fruto do projeto de Pedro Batista Martins, que se alinhava-se às tendências da *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895,⁴²

Judiciário do Estado do Rio de Janeiro (Lei 1.850, de 20.01.1919), Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Paraná (Lei 1.915, de 23.02.1920), Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Piauí (Lei 964, de 16.07.1920), Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Sergipe (Lei 793, de 05.10.1920), Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Ceará (Lei 1.952, de 30.12.1921), Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais (Lei 830, de 07.09.1922), Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Norte (Lei 551, de 11.12.1922), Código de Processo Civil e Comercial do Estado de Pernambuco (Lei 1.627, de 09.06.1924), Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal (Dec. 16.752, de 31.12.1924), Código Judiciário do Estado de Santa Catarina (Lei 1.640, de 3.11.1928), Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei 2.421, de 14.01.1930) e Código de Processo Civil e Comercial do Estado da Paraíba (Dec. 28, de 02.12.1930). A respeito das datas: LIMA, Alcides de Mendonça. A primazia do Código de processo civil e comercial do Rio Grande do Sul. In: *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 302-307.

40. PAHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*: desde as origens até o advento do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 312.
41. Vale destacar que entre a Constituição de 1937 e o Código de 1939 ocorreu a promulgação do Decreto-Lei 960, de 1938. De acordo com a doutrina, “trata-se de efetivo precursor do Código de Processo, representando um marco decisivo na evolução do nosso processo civil. O Decreto-Lei 960, de 1938, cuida da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, antecipando de fato várias soluções normativas que serão encampadas logo em seguida pelo Código de 1939: do direito português colhe o despacho saneador (arts. 19 e 20) e do Projeto Chiovenda de 1919 o princípio da oralidade, adotando a concentração dos atos de instrução e de debate oral da causa em audiência, a imediatidade do juiz com as provas e a identidade física do juiz (arts. 22 a 24)” (TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 296). Merece destaque o Código de Processo do Estado da Bahia (Lei 1.21 de 21 de agosto de 1915), elaborado por Eduardo Espindola. O autor, exortando o “princípio da verbalidade”, pretendia encurtar o rito com a eliminação da réplica e tréplica, bem como colocar o juiz na condução formal do procedimento (art. 127 do Código). Assim, “o projecto procura, de acordo com os Códigos húngaro, austríaco e alemão elevar a dignidade do juiz, confiando-lhe um papel muito mais importante que o de fiel da balança, a se mover cegamente de conformidade com o peso que cada um dos litigantes ponha sobre a concha” (ESPINDOLA, Eduardo. *Código do estado da bahia anotado*. Typ. Bahiana de Cincinnato Melchiades, 1918, p. 413).
42. Referida codificação foi modelo inspirador para a elaboração de inúmeros Códigos nos séculos XIV e XX, inclusive os Códigos de Processo Civil brasileiros de 1939 e 1973, “dado o rigor científico dos seus conceitos e a precisão técnica de sua linguagem” (BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33). O Código de 1973 faz expressa menção ao direito alemão no item 22 de sua Exposição de Motivos. E, no item 17, ao catalogar as “inovações constantes do Livro I”, menciona o dever de veracidade das partes, constante do art. 14 do CPC, de nítida inspiração alemã. Não bastasse isso, importa algumas figuras até então desconhecidas, advindas do modelo germânico, como a ação declaratória incidental (§ 259 da ZPO) e a interposição de recurso pela via adesiva (*Anschlussberufung*). Inclusive, em algumas partes dos textos legislativos nacionais, pode-se notar uma “cópia pura e simples” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. *Revista do Instituto de Direito comparado luso-brasileiro*, nº 9, 1990, Lisboa, p. 23). Para uma compreensão

do Projeto Chiovenda de 1919⁴³ e do Projeto de Código de Processo Civil Português, elaborado por José Alberto dos Reis, também aprovado em 1939.⁴⁴

Assim finalmente se rompia “as tradições do processo lusitano”⁴⁵ com o CPC de 1939, que paradoxalmente pretendeu a introdução de uma oralidade moderna,⁴⁶ “mas olvidou a audiência inicial com as partes, com a tentativa direta de conciliação”.⁴⁷ Uma efêmera alusão à consensualidade no diploma exsurgia com a terminologia “reconciliação” quando regravava o desquite por mútuo consentimento (arts. 642 a 646).

9.3.3. A segunda etapa evolutiva: conciliação endoprocessual

Embora a redação original do Código Buzaid⁴⁸ contivesse desprezíveis menções à conciliação ou mediação (arts. 447 a 449), pode-se circunscrever aqui a *segunda perspectiva evolutiva*, máxime as acanhadas

mínima do modelo austríaco então vigente: SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar., 1980, p. 144.

43. BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporane: rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, p. 254; CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 382; VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVII. N. 3. Luglio-Settembre 2002.
44. Nesse sentido: ABREU, Rafael. Vertentes culturais do processo civil na passagem do Século XIX ao Século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade de sua discussão. São Paulo, *Revista de Processo: Editora Revista dos Tribunais*, 2014, n. 229; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo valorativo. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85.
45. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 191.
46. A oralidade ganhava destaque pela *concentração*, que impunha a unicidade da audiência (art. 270) e pela *identidade física do juiz* (art. 120, parágrafo único). Assegurados ainda o *princípio do livro convencimento motivado* (art. 118), da *instrumentalidade das formas* (art. 273) e da *publicidade* (arts. 5º e 263). Prevía o *códex* a fixação dos pontos controvertidos após debate oral em audiência (art. 269) e a não interrupção da mesma, com debates e prolação de sentença no mesmo ato (arts. 270 e 271). Os articulados, entretanto, eram obrigatoriamente escritos (arts. 158, 160 e 190). Há limitação da recorribilidade das interlocutórias (art. 842). A própria Exposição de Motivos do Código consignava que “o processo oral atende a tôdas as exigências acima mencionadas: confere ao processo caráter de instrumento público; substitui a concepção dualística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve-se colocar qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas”.
47. LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, ano II, n. 3. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 84.
48. Interessante contextualização da formação legislativa é encontrada em: MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 182; MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às

conciliações e mediações incidentais (endoprocessuais), no *iter* procedimental, encetadas com a promulgação do CPC de 1973, inicialmente no art. 277 (rito sumário), com a Lei nº 9.245/95, e com a Lei nº 8.952/1994, para introduzir o inc. IV ao art. 125.

Posteriormente, a Lei nº 10.444/2002 instaura uma audiência com insigne finalidade saneadora e conciliatória (art. 331), em nítida inspiração na *Erste Tagsatzung* austríaca (§§ 239 a 242 da ZPO)⁴⁹ e na audiência de *Hauptverhandlung* tedesca (§ 278 da ZPO),⁵⁰ além de, em alguma medida, na *prima udienza di trattazione* contida no art. 183 do CPC italiano.⁵¹

Nessa clivagem, albergou-se a conciliação no bojo dos embargos do devedor (art. 740 do CPC) pela Lei nº 11.382/2006.

Entrementes, não se pode olvidar da determinação normativa de atos conciliatórios inaugurais nos então Juizados de Pequenas Causas (art. 22 da Lei nº 7.244/1984), atualmente Juizados Especiais (art. 21 da Lei nº 9.099/95; art. 9º da Lei nº 10.259/2001; e art. 7º da Lei nº 12.153/2009).⁵²

9.3.4. A terceira etapa evolutiva: o protagonismo dos meios autocompositivos

A partir de uma leitura constitucional de acesso à ordem jurídica (art. 5º, inc. XXXV da CRFB), vocacionada à solução pacífica de conflitos (princípio da República em suas relações internacionais – art. 4º, inc. VII, da CRFB), vivifica-se uma *terceira etapa evolutiva*, alocando-se não apenas a conciliação, como outros métodos autocompositivos, como protagonistas

incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 11.

49. RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, p.767-791, jan. de 1999, p. 768-769.
50. XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, p. 86-138; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves considerações acerca da audiência preliminar de tentativa de conciliação no processo civil brasileiro (enfoque comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, p. 316, 2001; WALTER, Gerhard. The german civil procedure reform act 2002: much about nothing? In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005, v. I, p. 792.
51. TARZIA, Giuseppe. A audiência preliminar do processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 3, p. 721-729, 1996; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 40, ano X, P. 109-135, out./dez. de 1985; LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 31-32.
52. Realizando o devido enfoque na questão da conciliação no âmbito do sistema dos juizados especiais: BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais. A nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-66.

na solução de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC), consoante se infere da inclusão dos conciliadores e mediadores no rol de auxiliares da justiça (art. 149 e art. 165 e ss do CPC), em colaboração ao Estado-juiz (art. 139, inc. V; art. 334, § 8º; art. 359; art. 565; art. 694, do CPC).⁵³

Inclusive, possibilita-se a suspensão processual no interim da execução de programas instituídos pelo Poder Judiciário com o escopo de autocomposição (art. 221, parágrafo único, do CPC),⁵⁴ e o eventual acordo, contendo assinatura das partes e do conciliador, constitui título executivo extrajudicial (art. 784 do CPC) ou judicial, caso cancelado pelo Poder Judiciário (art. 515, incs. II e III do CPC).

De mais a mais, com a eclosão de inúmeras demandas e o propalado colapso do sistema judiciário nas últimas décadas⁵⁵ – caudatário de uma secular cultura romano-canônica de soluções adjudicadas⁵⁶ –, exsurge o

53. PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. 2 ed., Coimbra: Almedina, 2017. p. 259: “na verdade, é conveniente que, nesta altura de transição processual, as partes façam um balanço da atividade já desenvolvida e uma previsão do que falta realizar, ponderando riscos, dificuldades e encargos que o prosseguimento dos autos envolve, contrapondo-se às possíveis conveniências e vantagens de uma solução concertada do litígio. *Dai que o juiz deve confrontar as partes com a tentativa de conciliação, assim se promovendo um contato das partes e dos respectivos mandatários com vista à resolução, por consenso, do litígio que a ação encerra*”. Assim, o Estado-juiz, ao tentar a conciliação, deve possuir um “*espírito de efetiva e leal colaboração com as partes, na própria clarificação e complementação material de facto e de direito do processo, traduzido no poder-dever de perguntar e esclarecer as partes [...], e representa porventura um dos fatores ou directivas técnicas, ético-sociais e ideológicas mais delicadas e fecundas da actividade dos juizes do nosso tempo, para a realização duma justiça verdadeiramente humana, equitativa e persuasiva que constitui a meta ideal da função jurisdicional moderna e se consubstancia nos fins transcendentais da própria conciliação judicial*” (VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. V. I, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 129-130). Em sentido análogo: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 41 e ss.
54. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A eficiência da audiência do art. 334 do CPC. *Revista de processo*, vol. 298, p. 107-120, dez. 2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 110: “ao contrário dos Códigos anteriores, houve um expressivo aumento das terminologias que remetem à consensualidade, como se nota pela quantidade de termos e oportunidades em que foram referidas ao longo do texto, senão vejamos: autocomposição – 20 vezes; conciliação – 37 vezes; mediação – 39 vezes; transação – seis vezes; acordo – 14 vezes; amigável – três vezes; consensual – 17 vezes”.
55. Nesse sentido, por todos: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de Direito*. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71 e ss; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010*. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30 e ss; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, principalmente o capítulo 2; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 34-41.
56. GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação. *Revista de processo*, vol. 41, p. 198-207, jan./mar., 1986. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Na secular tradição da *common law* já se observava que “o governo tem forte interesse em promover os mecanismos de ADR (Resolução Alternativa de Disputas) porque é menos oneroso do que a jurisdição civil. Resumindo, processos judiciais perante os Tribunais estão se tornando o último recurso a ser buscado, ou seja, quando técnicas mais civilizadas e ‘proporcionais’ tiverem fracassado ou nunca tiverem funcionado [...] o crescimento de mediação, não apenas na Inglaterra, é em grande parte atribuível a seis fatores: (1) a percepção (quase sempre também da realidade) de que processos judiciais são imprevisíveis; (2) o processo adjudicativo baseado nos Tribunais (e extensa preparação para

II Pacto Republicado em 2009, cujo escopo é “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização”. Nessa toada o CNJ edita a Resolução nº 125/2010, regulamentando a denominada “Política Nacional de fomento à mediação e conciliação”.⁵⁷

Cria-se, dois anos depois, a Escola Nacional de Mediação e Conciliação pelo Ministério da Justiça. E, em 2014, o CNMP edita a Res. 118, dispondo sobre a “Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público”.

De forma assíncrona, embora no ano de 2015, promulga-se o Código de Processo Civil, que erige de forma simbólica⁵⁸ e paradigmática, à norma fundamental, o tratamento adequado dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015),⁵⁹ que em seu art. 42 expande as atribuições dos tabeliães e registradores, atribuindo-lhes a função de mediação, regulamentada pelo Provimento nº 67/2018 do CNJ.

Constituem, portanto, verdadeiro “microsistema de justiça consensual”.⁶⁰ Não se descarta, outrossim, que atualmente tramita no Senado a PEC 108/2015, que pretende acrescentar o inc. LXXIX ao art. 5º, da

a audiência final) é uma fonte de despesa, atraso e ansiedade; (3) processo judicial oferece pouco escopo para participação direta pelas partes, consideradas distinta dos representantes legais; (4) o julgamento final normalmente assegura vitória para apenas um vencedor; (5) Tribunal é Justiça a céu aberto, visível para o homem em geral; (6) contencioso é uma guerra privada – mesmo se os juízes pretenderem que seja regido por regras elaboradas e convenções conciliadoras destinadas a abrandar a disputa. Em um sentido geral e vago, a diretiva de mediação europeia se encaixa perfeitamente com esta tendência nacional e, logicamente, global. Mas dificilmente precisa-se deste instrumento para salientar a realidade da moderna resolução de disputas” (ANDREWS, Neil. *Mediação e arbitragem na Inglaterra. Revista de processo*, vol. 211, p. 281-316, set. 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

57. Trata-se de uma política pública, nos exatos termos propostos em: DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 12 ed., New Jersey: Pearson, 2008, *passim*.
58. CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 142: “uma organização dada da economia, um sistema de direito, um poder instituído, uma religião, existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados. Elas consistem em ligar a símbolos (a significantes) significados (representações, ordens, injunções, incitações para fazer ou não fazer, consequências, – significações no sentido amplo do termo) e fazê-los valer como tais, ou seja, a tornar esta ligação mais ou menos forçosa para a sociedade ou o grupo considerado”. Incorporado tal noção de *simbólico* na esfera jurídica: NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, *passim*.
59. Antes dessa iniciativa legislativa existiram outras com o escopo de regulamentar a mediação, a exemplo do PL nº 4.827/1998, que foi arquivado. Acerca do ponto, consultar: PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32 e ss; e PINHO, Humberto Dalla Bernardina. O histórico da lei de mediação brasileira: do projeto de lei 94 à lei 13.140/2015. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 46, p. 123-139, jul./set., 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
60. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 65.

CRFB com a seguinte redação: “inclui entre os direitos e deveres individuais e coletivos o estímulo pelo Estado à adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos”.⁶¹

Epitomiza-se, assim, formas adequadas de resolução conflitual, dispersamente já contidas no próprio bojo semântico-normativo do texto constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º; art. 98, incs. I e II, da CRFB; art. 97, *caput* e § 8º, inc. III, do ADCT).

9.4. A AUTOCOMPOSIÇÃO DESJUDICIALIZADA PELA INSTITUIÇÃO NOTARIAL

9.4.1. Princípios norteadores da autocomposição desjudicializada: boa-fé, imparcialidade, confidencialidade e capacidade técnica

D’um cotejo entre os vetores que direcionam a função de debelar conflitos pelos mediadores (art. 2º da Lei nº 13.140/2015) e o núcleo de deveres ético-jurídicos da instituição notarial, ressaí a compatibilidade epistemológica entre ambos.

Não obstante, ética e boa-fé são as fundações dos mediadores (art. 1º, inc. VIII da Lei nº 13.140/2015 e art. 166 do CPC), assim como premissa inarredável da instituição notarial, fiscalizada permanentemente pela *jurisdição judicial* (art. art. 103-B, § 4º, incs. I, II e III; art. 236, § 1º da CRFB e arts. 36 e 37 da Lei 8.935/94), notadamente o magistrado corregedor do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), no caso de mediação (art. 5º do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Labutam os mediadores com *imparcialidade* (art. 1º, parágrafo único c/c art. 2º, inc. I, da Lei 13.140/2015) tal como os registradores e tabeliães (art. 25 da Lei nº 8.935/94),⁶² inclusive sendo-lhes aplicadas as mesmas

61. Disponível em: [<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592>]. Acesso em 07 de setembro de 2022.

62. HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 12, volume 19, número 3. Set./Dez. 2018, p. 307: “é justamente a imparcialidade, ou seja, uma atuação técnica voltada ao cumprimento da lei e não imediatamente ao interesse particular que permite conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos praticados por tais agentes ou perante eles (artigo 1º da Lei Federal nº 8.935/94). Acrescente-se ainda que, ao analisarmos a rotina das serventias extrajudiciais, podemos concluir que a mediação já é, em certa medida, um mecanismo utilizado diuturnamente por oficiais e escreventes como forma de eficazmente

hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes togados (art. 5º da Lei 13.140/2015 c/c arts. 144 e 145 do CPC).

Ao revés da ordinária publicidade perante a *jurisdição judicial* (art. 5º, inc. LX, da CRFB e art. 189 do CPC), o ofício é realizado com *confidencialidade* (art. 2º, inc. VII e art. 30, da Lei nº 13.140/2015), tal como o dever de *sigilo* imanente à função notarial-registral (art. 30, inc. VI, da Lei nº 8.935/94), na forma dos arts. 5º, inc. XXXIII, 37, § 2º, inc. II da CRFB, com determinação específica no âmbito das mediações (art. 8º do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Ad exemplum de atos registraes sigilosos: adoção (art. 47, *caput* e § 4º do ECA); reconhecimento da paternidade socioafetiva (art. 11 do Provimento nº 63/2017 do CNJ); nascimento advindo de reprodução assistida (art. 17, § 1º, do Provimento nº 63/2017 do CNJ); averbação de alteração de prenome e sexo em decorrência da transexualidade (art. 5º do Provimento nº 73/2018 do CNJ).⁶³

A exigência de *capacidade técnica* também é correlativa entre as funções notariais (art. 236, § 3º, da CRFB e art. 3º da Lei nº 8.935/94) e mediadoras (art. 20 da Lei nº 13.140/2015 e art. 22 do Provimento nº 67/2018 do CNJ), com determinação aos tabeliães e notários a realização de capacitação específica nestas (art. 6º do Provimento nº 67/2018 do CNJ e Resolução ENFAM nº 06/2016).

9.4.2. Natureza jurídica da desjudicialização autocompositiva

Denota-se que a mediação realizada por tabeliães e registradores é um *tertium genus* em relação a judicial (art. 11 da Lei 13.140/2015) e a extrajudicial (art. 9º da Lei 13.140/2015), como no modelo da “mediação próxima ao juízo” (*gerichtsnähe Mediation*) do ordenamento alemão (§2º da *Mediationsgesetz*),⁶⁴ da *mediation préalable* canadense em matéria familiar (c. 42, L.Q., 1997)⁶⁵ e na tradição francesa (art. 21 da Lei 95-125/1995), em que a flexibilidade procedimental impera.

contornar rusgas e impasses surgidos entre os interessados no momento da prática do ato notarial ou registral e que poderiam inviabilizá-lo”.

63. Conforme: HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 12, volume 19, número 3. Set./Dez. 2018, p. 309.

64. Para uma análise na doutrina nacional: PEREZ, Adriana Han. A nova lei alemã de mediação. *Revista de processo*, vol. 243, p. 555-581, maio, 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

65. ANAUT, Marie. *Soigner la famille*. Paris: Ed. Armand Colin, 2005, p. 88; ANAUT, Marie; AVILA, Elédite. Médiation familiale: un regard sur les expériences françaises, canadiennes et brésiliennes. *Revue de Prévention*