

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPEDES DE MARÍLIA”
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ANDRE VILLAVERDE DE ARAÚJO

**OS NOTÁRIOS BRASILEIROS E OS MECANISMOS
EXTRAJUDICIAIS E ADEQUADOS DE GESTÃO DE CONFLITOS**

MARÍLIA
2015

ANDRÉ VILLAVERDE DE ARAÚJO

**OS NOTÁRIOS BRASILEIROS E OS MECANISMOS
EXTRAJUDICIAIS E ADEQUADOS DE GESTÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. LUÍS HENRIQUE BARBANTE
FRANZÉ

MARÍLIA
2015

ANDRÉ VILLAVERDE DE ARAÚJO

**OS NOTÁRIOS BRASILEIROS E OS MECANISMOS
EXTRAJUDICIAIS E ADEQUADOS DE GESTÃO DE CONFLITOS**

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof.Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Lauro Frederico Barbosa da Silveira

2º EXAMINADOR _____
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

Marília, _____, de _____ de 2014

Dedico esta dissertação a meu pai, José Corrêa de Araújo, pelo exemplo de honestidade e humildade; a minha esposa, Joira Martinelli Villaverde de Araújo, pela dedicação integral à felicidade da nossa família e por abdicar de diversos momentos da minha companhia em prol da realização deste sonho e, de forma muito especial, a meus filhos, Gabriel, Michael e Henrique, razões de minha existência e motivos maiores desta dedicação aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer a Deus, pelo dom da vida e por me permitir realizar este sonho de concluir o Mestrado em Direito.

Não posso deixar de agradecer novamente a minha esposa, Joira Villaverde, por suportar minhas viagens durante dois anos de Teresina-PI a Marília-SP, todos os finais de semana, abdicando da minha companhia e cuidando sozinha dos nossos três filhos: Gabriel, Michael e Henrique.

Agradeço a todos do Cartório do 3º Ofício de Timon/MA, a meus amigos pelo incentivo, aos colegas notários e registradores, pelo exemplo de dedicação e integridade no exercício da atividade notarial e registral.

Obrigado a todos os Mestrandos do UNIVEM que de forma totalmente voluntária me ajudaram a superar minhas dificuldades e limitações.

Agradeço também a todos os professores do Mestrado do UNIVEM, em especial ao Professor Luís Henrique Barbante Franzé, orientador desta pesquisa, que além de me guiar pelos caminhos da investigação científica me ensinou, com seu exemplo, a maior virtude de um ser humano, a humildade.

*“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor,
mas lutei para que o melhor fosse feito.
Não sou o que deveria ser,
mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.*

(Marthin Luther King)

ARAÚJO, André Villaverde de. **Os Notários Brasileiros e os Mecanismos Extrajudiciais de Gestão de Conflitos**. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo verificar as características e possibilidades de os notários brasileiros atuarem como agentes de pacificação social utilizando os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos. Para tanto, fez-se necessário, primeiramente, investigar a origem, as causas e características do conflito. Aprofundou-se a investigação sobre a crise na justiça, caracterizada pela demora das decisões, alto custo da atividade jurisdicional, complicação procedimental, mentalidade dos juízes, falta de informação dos envolvidos no conflito, criação de uma verdadeira cultura aos meios adjudicatórios de gestão de conflitos e pelo excesso de litigiosidade. Analisou-se instrumentos de superação dos obstáculos que impedem ou dificultam o acesso à justiça. Investigou-se diversos métodos de pacificação social, bem como os diversos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, com ênfase na mediação, conciliação e arbitragem. Aprofundou-se o estudo sobre a natureza jurídica, características e formas de atuação dos notários brasileiros. Com fulcro no paradigma de urgência na concretização da democratização do acesso à justiça, mantendo-se a segurança jurídica, entendeu-se que os notários brasileiros, valendo-se dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, podem contribuir com uma eficiente e célere administração da justiça. Verificou-se, entretanto, que é necessário encarar esta atuação sob o ponto de vista de uma perspectiva crítica, para indicação dos limites de atuação e do caminho a ser seguido na construção de uma efetiva institucionalização da atuação dos notários como mediadores, conciliadores e árbitros. A atuação não foi apontada como solução para os problemas de acesso à justiça, mas como instrumento de criação de uma verdadeira cultura da pacificação social, com eliminação da falsa percepção de que os mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos são menos importantes que os mecanismos adjudicatórios.

Palavras-Chave: Notários Brasileiros. Mecanismos Extrajudiciais. Gestão de Conflitos.

ARAÚJO, André Villaverde de. **The Brazilian Notaries and Appropriate Non-judicial Dispute Resolution Methods**. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

This study aims to verify the characteristics and the possibility of having Brazilian notaries acting as social pacification agents by using appropriate non-judicial dispute resolution methods. For that, we needed to investigate the origins, causes and characteristics of conflicts. We examined the justice crisis further, which can be described by its sluggishness in sentencing, high costs of the jurisdictional activity, procedural complications, the mindset of judges themselves, lack of information of those involved in the conflict, development of a culture that uses only adjudicatory means of conflict resolution and the excess of litigiousness. We analyzed the tools available for overcoming these obstacles that make access to the judicial system so much more difficult. We investigated many methods of social pacification, as well as several alternative dispute resolution methods, such as mediation, conciliation and arbitration. We delved deeper into the juridical nature, characteristics and role of Brazilian notaries. Supported by the paradigm of urgency in the implementation of democratic policies of access to the justice system while keeping judicial security, we concluded that Brazilian notaries may contribute to an efficient and speedy justice administration by using alternative dispute resolution methods. We verified, however, that it is necessary to face this role from an analytical perspective in order to indicate the limitations of this role and the path to be followed in constructing an effective institutionalization of the role of notaries as mediators, conciliators and arbitrators. This role is not to be pointed out as a solution for the problems of access to the judicial system, but as a stepping stone to the creation of an actual culture of social pacification, thus eliminating the false perception that alternative dispute resolution methods are less important than the adjudicatory mechanisms.

Keywords: Brazilian Notaries. Extrajudicial Mechanisms. Conflict Resolution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição Federal

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

DOU – Diário Oficial da União

EC – Emenda Constitucional

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ICJBrasil – Índice de Confiança na Justiça – Brasil

PL do Novo CPC – Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – OS CONFLITOS DE INTERESSES.....	14
1.1 Conceito.....	14
1.2 Causas e Raízes	16
1.3 Denominação: Mecanismos Extrajudiciais e Adequados de Gestão de Conflitos	19
1.3.1 Mecanismos	20
1.3.2 Extrajudiciais	21
1.3.3 Adequados	25
1.3.4 Gestão	26
1.3.5 Conflitos	27
1.4 Crise na Justiça	30
1.5 Acesso à Justiça	47
1.6 As Ondas de Acesso à Justiça	49
CAPÍTULO 2 - MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS E ADEQUADOS DE GESTÃO DE CONFLITOS	58
2.1 Evolução Histórica	58
2.1.1 As Ordenações do Reino	59
2.1.2 Período Imperial	61
2.1.3 Período Republicano	63
2.1.4 Legislações Processuais Brasileiras	64
2.2 A Retomada do Mecanismos Extrajudiciais.....	66
2.3 Espécies de Métodos de Gestão de Conflitos.....	68
2.3.1 Autotutela	71
2.3.2 Heterocomposição	75
2.3.2.1 Jurisdição	76
2.3.2.2 Arbitragem.....	80
2.3.3 Autocomposição	87
2.3.3.1 Mediação	90
2.3.3.2 Conciliação	96
2.4 Obstáculos e Benefícios dos Mecanismos Extrajudiciais.....	98
2.4.1 Obstáculos	99
2.4.2 Benefícios	108
CAPITULO 3. AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS	113
3.1 Conceito.....	113
3.2. Espécies de Notários.....	127
3.2.1 Notário Anglo-Saxônico.....	127
3.2.2 Notário Administrativo.....	128
3.2.3 Notário Latino	130
3.3 Natureza Jurídica	133
3.4. Características.....	136
3.5 Os Notários Como Agentes de Gestão Extrajudicial de Conflitos.....	141
3.5.1 Hipóteses Já Autorizadas por Lei	141
3.5.2 Notários Mediadores, Conciliadores e Árbitros	143
3.5.3 Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.....	153

CONSIDERAÇÕES FINAIS	157
REFERÊNCIAS	160

INTRODUÇÃO

Qualquer estudo sobre a atuação dos notários e os mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos deve partir da própria definição de conflito e sua importância para a evolução da sociedade, bem como deve analisar os diversos métodos judiciais de pacificação social, a crise atual da justiça e os obstáculos de acesso a uma ordem jurídica justa.

Assim, o primeiro capítulo versará sobre o conflito, seus aspectos negativos e positivos, com foco nas causas psíquicas e funcionais da mudança como principal causa e raiz dos conflitos. Após a análise das causas dos conflitos o capítulo aprofundará o estudo sobre a denominação da dissertação, em especial sobre os termos: mecanismos, extrajudiciais, gestão e conflitos, haja vista a necessidade de minimizar as falhas na comunicação em relação ao objeto da dissertação, buscando aprimorar a capacidade de compreensão sobre os conceitos investigados.

Em seguida verifica-se a crise na justiça, esta tendo como finalidade principal a busca pela pacificação social e a necessidade de não estar vinculada a determinado tipo de processo ou procedimento, devendo aprimorar os diversos mecanismos de gestão de conflitos. Por consequência, aborda-se ainda os diversos obstáculos de acesso à justiça e que impedem a outorga de uma ordem jurídica justa à sociedade.

Por consequência do estudo anterior nasce aqui o segundo capítulo, que aprofunda a investigação quanto aos diversos mecanismos adequados e extrajudiciais de gestão de conflitos. Busca-se na evolução histórica dos institutos elementos que permitam identificar o objeto de estudo como sendo necessário à administração da justiça. Por questão metodológica a evolução histórica dos institutos parte da legislação portuguesa, que é a origem do direito brasileiro, passando pelas primeiras normas de direito processual brasileiras até chegar às normas atuais, que versam, especificamente, sobre o objeto de estudo da dissertação.

O estudo será aprofundado ainda quanto aos métodos de autotutela, heterotutela e autocomposição. A autotutela investigada em razão de sua previsão legal no direito brasileiro, mas tendo como parâmetro a sua excepcionalidade. A heterotutela é estudada, para que se possa fazer uma análise comparativa com os demais métodos, tendo ênfase na jurisdição, que tem no processo judicial a sua principal manifestação e na arbitragem, que tem como característica a atuação de um terceiro não vinculado ao aparelho estatal, sendo que os dois mecanismos possuem a característica de uma gestão de conflitos por

meio de uma decisão, judicial ou arbitral, que substitui a vontade das partes conflitantes, sem preocupação com a origem do conflito, apenas com a aplicação da norma ao caso concreto.

Em razão do objeto de estudo aprofunda-se a investigação sobre os institutos da mediação e conciliação, esses entendidos como principais mecanismos de gestão extrajudicial de conflito. A mediação, por ter a intervenção de um terceiro imparcial que busca aproximar os conflitantes, melhorando o processo de comunicação ética, sempre com fundamento na responsabilidade e autonomia dos participantes. Investiga-se ainda, para melhor compreensão do objeto de estudo, as principais formas de mediação: colaborativa, transformativa e circular normativa.

A conciliação, que é mencionada por quase todos os que estudam o objeto de estudo desta dissertação, merece investigação aprofundada na busca da descoberta de seus fundamentos, finalidades, natureza jurídica e as possibilidades de sua utilização como mecanismo extrajudicial e adequado de gestão de conflitos.

Encerrando-se o capítulo, aprofundou-se o estudo sobre os obstáculos e cuidados que devem ser tomados na utilização dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos, em especial a abordagem sobre sua utilização como alternativa à crise da justiça ou como meio de substituição da jurisdição, bem como sobre a possibilidade de se criar uma justiça de segunda classe. Investigou-se ainda as vantagens e benefícios trazidos com a utilização dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos.

Por fim, no terceiro capítulo, investigou-se a possibilidade de os notários atuarem como agentes de pacificação social utilizando os mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos. Para esta análise fez-se necessário aprofundar o estudo sobre as serventias extrajudiciais, sua natureza jurídica e características, bem como um estudo minucioso sobre o notariado, sua evolução histórica, consolidação como instrumento necessário à evolução e crescimento dos Estados em razão da necessidade social de publicidade, autenticidade e segurança jurídica nos atos e negócios jurídicos.

A investigação teve como foco a natureza privada do exercício da delegação no Brasil, instituída pela constitucionalização das serventias extrajudiciais e da atividade notarial e registral no art. 236, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a fiscalização da atividade pelo Poder Judiciário, a exigência de conhecimento jurídico e a entrada em exercício somente após aprovação em concurso de provas e títulos.

Verificou-se ainda as diversas hipóteses legais em que o notário já atua como agente de gestão de conflitos com a utilização dos mecanismos adequados e extrajudiciais, bem como a possibilidade de sua atuação como mediadores, conciliadores e árbitros, no

exercício ou não da atividade notarial e registral, bem como nos centros judiciais de solução consensual de conflitos trazendo elementos de direito comparado, para melhor compreensão da investigação e análise das incompatibilidades e impedimentos no exercício da atividade de pacificação social, bem como a confiança da sociedade no notário como administrador d efetivação de uma ordem jurídica justa.

Por fim, abordou-se a necessidade se buscar novas formas de distribuição de justiça, tendo como paradigma a urgência na concretização da democratização do acesso à justiça, sem se afastar da segurança jurídica. O estudo da autuação do notário brasileiro como agente de pacificação social e administrador da justiça não foi feito para escolher ou para indicar o mais aconselhável ou mais apropriado mecanismo de gestão de conflito ou o agente mais indicado para sua administração, mas para ampliar o acesso a uma ordem jurídica justa e para a efetivação real dos ideais de justiça e pacificação social.

CAPÍTULO 1 – OS CONFLITOS DE INTERESSES

1.1. Conceito

Os conflitos são inerentes à vida em sociedade, haja vista a diferença entre as pessoas, ou seja, em razão das descrições pessoais e particulares de cada ser humano com seus pontos de vista distintos, que podem ser colidentes. Os conflitos surgem quando, no mínimo duas partes independentes percebem que seus objetivos são incompatíveis.¹ A vida é uma longa e contínua negociação com os interesses internos e externos, disputam-se ideias, coisas, pessoas, ou seja, uma verdadeira luta entre aquilo que queremos e que podemos ter.

Entretanto, alguns pesquisadores entendem que para se ter relevância prática e jurídica é necessário incluir neste conceito de conflito o interesse e a resistência de uma das partes, enfim, não basta que duas pessoas tenham interesses colidentes, é preciso que haja resistência por parte de uma delas em não se submeter à pretensão da outra parte.² Na lição de Santos (1987, p.4), há conflito de interesses quando duas pessoas, pelo menos, têm interesse pelo mesmo bem: “Existe quando a intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem.”³

Para Calmon (2007, p.22) o conflito: “resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos.”⁴

Esta pretensão resistida, que para Carnelutti seria a “lide”, é denominada por Dinamarco (2008, p.135) como sendo “crise jurídica”⁵, para a qual o Estado é chamado para dar uma solução, um gestão adequada com escopo de pacificação social.

¹SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen. **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 1999, p.170.

² Estes são os elementos essenciais da lide, conforme entendimento de Carnelutti: “Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial, Brasília, DF, 31 jul. 1972.

³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.4.

⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.22.

⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 135;

Na presente investigação adota-se a concepção Carnelutiana de conflito, que estabelece a existência de conflitos subjetivos e intersubjetivos. Os conflitos subjetivos seriam aqueles que envolvem dois interesses de uma mesma pessoa, devendo este optar por algum; e o conflito intersubjetivo, que é o conflito propriamente dito, que envolve interesses de pessoas diferentes.

Nesta concepção de conflito de interesse, como elemento da lide, para o conceito de Carnelutti ou de crise jurídica, segundo Dinamarco, não é possível identificar o confronto, que só se materializará com a resistência à pretensão, ou seja, o conflito de interesse, nesta concepção, significa uma situação concreta em que alguém, para satisfazer sua necessidade ou interesse, se vê na posição de ter de sacrificar o interesse de outro.

A divergência entre a denominação dos institutos lide e crise jurídica, estabelecida entre Carnelutti e Dinamarco, não gera influência na presente investigação, que versa sobre o conflito de interesses, fora do Poder Judiciário, ou seja, é extrajudicial, a abordagem do objeto de investigação, o conflito de interesses, é anterior à própria instalação da lide ou da crise jurídica. Assim, a pesquisa é delimitada antes da formação efetiva destes dois fenômenos jurídicos processuais.

O conflito de interesse não pode ser entendido somente como um aspecto negativo das relações sociais, mas como um importante meio de evolução e aquisição de conhecimento, uma forma de amadurecimento e aproximação entre as pessoas, pois se gerido de forma correta, o conflito pode impulsionar relevantes transformações sociais, modificando dogmas estabelecidos e gerando alterações na ética, na responsabilidade social e proporcionando um crescimento de todos os envolvidos. Este será o principal paradigma deste estudo científico,⁶ paradigma aqui entendido como sendo um conjunto de suposições sobre a realidade, um modelo aceito que explica a realidade, ou que apresenta como esta realidade é percebida.⁷

Para Muniz (2014, p.219) o conflito é natural na vida das pessoas, viver é também estar em conflito. As pessoas que estão em conflito geralmente estão com alguma falha na comunicação, têm a comunicação interrompida a ponto de não mais conseguir chegar a uma solução satisfatória. Recorrem, em regra, ao Estado para que um terceiro resolva o

⁶ Paradigma, aqui entendido com o conjunto de práticas que definem uma disciplina científica, durante um período específico de tempo. Paradigma: termo de origem grega “paradeigma”, que significa “exemplo”, “modelo”. A atualização do termo é atribuída ao filósofo Thomas Kuhn em seu estudo: “A Estrutura das Revoluções Científicas”.

⁷ Tomas Kuhn. Apud NETO, Adolfo Braga. **Mediação e Gerenciamento do Processo: Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008, p.63.

conflito estabelecido.⁸ O conflito surge, portanto, com a debilidade na comunicação entre as partes.⁹

Sobre a necessidade de conduzir os conflitos de maneira construtiva para proporcionar o crescimento pessoal é Foller e Deustsch (2008, p.63), que adotam a terminologia processos construtivos de resolução de disputas. Para esses pesquisadores o conflito é um elemento da vida e que permeia todas as relações humanas, além de conter um grande potencial de construir positivamente as relações humanas, haja vista ser um meio de amadurecimento e aproximação dos seres humanos, que impulsiona relevantes modificações quanto à ética e à responsabilidade profissional.¹⁰

Groeninga (2003, p.104) ao escrever sobre o direito a “ser humano” assevera que os seres humanos são resultado da dinâmica do conflito, que é inerente à própria vida. O conflito deve ser entendido como algo maior que uma simples pretensão objetivamente resistida, mas como uma legítima pretensão subjetiva, a de ser compreendido enquanto ser humano, em seu direito de ser humano, com todos os seus níveis de constituição.¹¹

1.2. Causas e Raízes

A causa, a raiz, a origem de todos os conflitos é a mudança, seja ela real ou apenas percebida. A mudança é determinada quando alguém intervém em um sistema e nele provoca algum tipo de transformação ou, no mínimo, perspectiva de transformação.

Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior (2008, p.6) afirmam que a mudança afeta o relacionamento entre as pessoas e conduz ao conflito. Para esses pesquisadores a transformação determinada pela mudança pode ser percebida apenas por um dos envolvidos, ainda que sem a percepção de que esta mudança está ocorrendo. Citam como exemplos os seguintes fatos: o empregado percebe que o chefe passou a ignorá-lo; a esposa percebe que o marido está menos carinhoso; o aluno percebe que o professor está lhe perseguindo, por lhe

⁸ MUNIZ, Mirian Blanco. **Mediação: Técnicas e ferramentas**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 219.

⁹ SALTORATTO, Margarete Aparecida. **Procedimentos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC'S**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

¹⁰ FOLLER, Mary Parker e DEUSTSCH, apud NETO, Adolfo Braga. **Mediação e Gerenciamento do Processo: Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

¹¹ GROENINGA, Gisselle Câmara. **Direito de Família e Psicanálise – O direito a ser humano**. São Paulo: Editora Imago, 2003, p. 104.

dirigir as perguntas mais difíceis. Entretanto, essas percepções podem não ser reais, mas produzem o conflito, porque para aquele que percebe, a mudança é real, constitui o que se denomina “realidade psíquica.”¹²

Além da mudança, há causas acessórias que contribuem para a formação do conflito, destacando-se: os esquemas rígidos de pensamento; os pensamentos automáticos e as crenças inadequadas ao contexto.¹³

Os esquemas rígidos de pensamento são todas as interpretações que o indivíduo faz do mundo e que se estruturam de forma progressiva e esquematizada durante o seu desenvolvimento, criando esquemas de pensamento que orientam, selecionam e organizam suas novas interpretações e contribuem para estabelecer critérios de avaliação de eficácia ou adequação de sua ação no mundo.¹⁴ Esses esquemas rígidos de pensamento – que tem no fanático a sua forma mais perceptível, pois este constrói verdades absolutas em uma estrutura lógica que é quase inabalável - contribuem para a incapacidade de as partes encontrarem uma solução diferente daquela criada pela sua estrutura de pensamento, gerando o conflito.

Acland (1993, p.94) estabelece que o conflito por princípios abstratos decorre desta formação de esquemas rígidos de pensamento: “os princípios abstratos podem ser defendidos com tanto fervor quanto os bens físicos e que uma possível causa de conflito é uma das partes perceber um princípio abstrato apenas por seu valor material, enquanto a outra lhe atribui importância ideológica ou religiosa fundamental.”¹⁵

O pensamento automático é aquele que permite o surgimento de esquemas de pensamentos por meio de caminhos pré-definidos pelos quais o pensamento trafega; como exemplo deste pensamento é possível citar o ato de acionar os freios do carro quando o motorista percebe o sinal vermelho. No momento em que esse pensamento automático está qualificado por sentimentos negativos como raiva, repulsa, infelicidade, servem como alimentadores dos conflitos.

As crenças inadequadas são estratégias do psiquismo para lidar com as incertezas e eliminar ou reduzir o medo do desconhecido. Meyers (1999, p.223) cita como exemplo clássico de crença inadequada o pensamento de que ao ingerir bebida alcoólica o

¹² FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

¹³ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

¹⁴ RANGÉ, B. (Org.) **Psicoterapia comportamental e cognitiva de transtornos psiquiátricos**. Campinas: Psy, 1995, p. 80.

¹⁵ ACLAND, Andrew Floyer. **Cómo utilizar La mediación para resolver conflictos em las organizaciones**. Barcelona: Paidós, 1993, p. 94.

homem melhora o seu desempenho sexual, quando se sabe que o álcool possui propriedades inibidoras da função sexual. O pesquisador afirma que a crença pode ser tão poderosa que afeta até mesmo o efeito da substância psicoativa.¹⁶ Beck e Freeman (1993, p.23) afirmam que as crenças inadequadas levam o indivíduo a comportar-se em flagrante contradição com as informações e dados que dispõe.¹⁷ Afirmações como: todos os estudantes querem ser aprovados sem estudar; toda sogra não gosta da nora; todos os adolescentes só pensam em sexo, são consideradas crenças inadequadas e qualificam a mudança como fator de geração de conflitos.

Além dessas causas psíquicas que qualificam a mudança como fator de geração de conflito destacam-se também algumas causas funcionais como a deficiência na comunicação e a frustração de um comportamento esperado. É possível afirmar que as relações são o centro da existência do ser humano, pois desde o momento de seu nascimento até sua morte as relações com outras pessoas conformam o contexto para todos os aspectos da existência humana. Essas relações dependem de comunicação entre os indivíduos, comunicação aqui entendida como os diversos mecanismos de pensamento envolvidos na emissão e recepção de estímulos verbais e não verbais associados a construções mentais que dependem da experiência, conceitos e intenções dos indivíduos.

A falha na comunicação, em especial na percepção dos instrumentos pelo qual as pessoas se relacionam, são causas funcionais de conflitos. A frustração de um comportamento esperado é uma espécie de falha de comunicação, pois em uma sociedade cada pessoa exerce um determinado papel, aqui entendido como o conjunto de características, comportamentos, requisitos e atribuições de uma pessoa. É possível exemplificar os papéis de pai, mãe, professor, aluno, chefe, empregado etc. O conflito tem origem quando uma das partes envolvidas erra no desempenho deste papel ou quando ocorre uma falsa percepção do papel desenvolvido.

1.3. Denominação: Mecanismos Extrajudiciais e Adequados de Gestão de Conflitos

A preocupação com a linguagem decorre do pensamento de que somos os seres da linguagem, somos instrumentos de comunicação, pessoas que necessitam desenvolver a

¹⁶ MYERS, David. **Introdução à psicologia geral**. Rio de Janeiro: LTC, 1999, p. 223.

¹⁷ BECK, Aaron T e FREEMAN, Arthur. **Terapia cognitiva dos transtornos de personalidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 23.

capacidade de enviar mensagens e ser compreendido pelo outro. É necessário que esta linguagem seja adequada e correta para que não haja interferência na comunicação e perfeito entendimento dos conceitos investigados. Neste sentido é Bateson e Ruesch (1965, p.11): “a comunicação é a matriz em que estão cravadas todas as atividades humanas.”¹⁸

Sobre os prejuízos na utilização de uma terminologia complexa, confusa ou inadequada é Souza e De Lazari (2013, p.54): “Inúmeros são os prejuízos que podem atingir as partes quando se interpreta e se aplica mal a lei em razão de sua terminologia complexa, confusa ou inadequada.”¹⁹

A legislação brasileira, mais especificamente a Resolução nº 125/2010, do CNJ que institui a Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, adotou a terminologia meios consensuais de solução de conflitos, conforme se verifica do teor do art. 1º da referida resolução: “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.”²⁰

Cappelletti e Garth (2002, p.7) ao escreverem sobre as ondas renovatórias do processo civil, especificamente sobre a terceira onda, que será objeto de análise nesta investigação, adotam a terminologia: mecanismos privados ou informais de solução de litígios.²¹

A doutrina e os estudos científicos sobre o tema objeto desta dissertação adotam como regra a terminologia: “Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos”, que tem origem na tradução do termo em inglês “Alternative Dispute Resolution – (ADR)”.

¹⁸ BATESON, Gregory; RUESCH, Jurgen. **Comunicacion: la matriz social de La psiquiatria**. Buenos Aires: Paidós, 1965, p. 11.

¹⁹ SOUZA, Gelson Amaro de e LAZARI, José Nadim de. **O novo código de processo civil e o amor ao passado**. In: SILVA, Nelson Finotti, FRANZÉ, Luis Henrique Barbante e GARCIA, Bruna Pinotti. (org.). **Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Editora CRV, 2013, p. 54;

²⁰ BRASIL. Legislação. **Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010> - acesso em 09.10.2014 às 16h47min.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 7.

1.3.1 Mecanismos

Utiliza-se nesta pesquisa o termo “mecanismos”, no sentido de o objeto de estudo ser caracterizado por métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Método, aqui entendido como o “conjunto de etapas, ordenadamente dispostas, a serem vencidas na investigação da verdade, no estudo de uma ciência ou para alcançar determinado fim.”²² Os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos são estudados como sendo um conjunto de atividade sistemáticas e racionais, que permitem identificar o conhecimento verdadeiro, ou seja, traça o caminho a ser seguido pelo pesquisador para alcançar um objetivo pré-estabelecido.²³

Sales (2010, p.12) utiliza a denominação “técnicas” específicas de transformação de conflitos afirmando a necessidade de utilização de “lentes” para averiguar a situação imediata e outras “lentes” para averiguar a passado e o padrão de relações que deram contorno ao conflito. A pesquisadora afirma ainda a necessidade de utilização de uma terceira “lente” para encontrar um marco de convergência em que seja possível a criação de uma plataforma de atuação para discussão do conteúdo, contexto e estrutura das relações de forma cooperativa e a partir deste ponto iniciar as respostas e soluções criativas de transformação dos conflitos.²⁴

Gabbay (2013, p.17) ao definir mediação utiliza a terminologia “processo” autocompositivo. “Pode-se definir mediação como um processo autocompositivo através do qual as próprias partes se responsabilizam pela decisão gerada, havendo a figura de um terceiro facilitador do diálogo e da solução do conflito entre as partes (mediador).”²⁵

Não utilizaremos a terminologia “processo”, em razão de este ser aqui entendido como a soma das atividades em cooperação e de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam a função jurisdicional²⁶, ou seja, no entendimento de Cintra,

²² GALLIANO, A. G. O. **Método científico: teoria e prática**. São Paulo: Habra, 1979, p. 6.

²³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia de pesquisa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 72.

²⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Gzed, 2010, p.12.

²⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17.

²⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

Grinover e Dinamarco (2005, p.293): “processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório.”²⁷

Importante destacar que a terminologia “processo” para designar os mecanismos extrajudiciais de adequados de gestão de conflitos, não estaria inadequada se fosse adotado o paradigma de que o conceito de processo transcende o direito processual e a atividade jurisdicional, ou seja, se fosse considerado como um instrumento para o legítimo exercício do poder e que está presente em atividades estatais e não estatais.²⁸

Sobre a distinção de processo, meios, mecanismos e métodos, é o ensinamento de Calmon (2007, p.135): processo é o mecanismo de realização da tutela jurisdicional; a força é o mecanismo de realização da autotutela; a negociação, a mediação e a conciliação, dentre outros, são mecanismos facilitadores, auxiliares e/ou incentivadores da autocomposição; cada um deles utilizando métodos apropriados. Em resumo, autotutela, autocomposição e tutela jurisdicional são meios de solução de conflitos; mediação, conciliação, arbitragem e processo, são mecanismos de realização dos meios de solução de conflitos.²⁹

Carnelutti, ao escrever sobre o tema adotou a terminologia “equivalentes jurisdicionais”, denominação que também é adotada por Yarshall na obra Tutela Jurisdicional.³⁰

1.3.2 Extrajudiciais

Para entender a adoção do termo “extrajudicial” é necessário conceituar o que é “judicial”, ou seja, aquilo que se desenvolve perante o poder judiciário, sob a proteção do que se denomina: jurisdição.

Chiovenda (2000, p.8) entende jurisdição como sendo função do Estado, que tem como principal função, escopo, a atuação concreta da vontade da lei, por meio da

²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293.

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286;

²⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135;

³⁰ TOSTA, Jorge. **A arbitragem no Brasil – Noções Gerais**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 271;

substituição da vontade das partes pela atividade de órgãos jurisdicionais e de outros órgãos públicos, que afirmam a existência da vontade da lei e a tornam efetiva³¹.

Afirmando que a jurisdição é a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão é Frederico Marques (2000, p.258) que ainda insere no conceito de jurisdição a sua função de composição dos litígios, que se manifesta por meio do poder estatal de tornar efetiva a vontade concreta da lei, que deve no julgamento tornar esta vontade efetiva e satisfeita ou repeli-la, de acordo com o direito objetivo, permitindo a composição do interesse prevalente³².

Dinamarco (2001, p.305), no mesmo sentido de Chiovenda, define jurisdição como: “função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.”³³ Grinover, Cintra e Dinamarco (2001, p.305) também definem o instituto acrescentando o objetivo principal da jurisdição, a pacificação social do conflito: “uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação social do conflito que os envolve, com justiça.”³⁴

De outro lado, sintetizando e enfatizando a atividade cognitiva, ou seja, a de declarar e atuar a vontade concreta do direito positivo é Câmara (2003, p.309): “função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática.”³⁵

Liebman (1992, p.3) define a jurisdição como sendo uma função do Estado para prover a garantia e atuação do direito com o firme propósito de resolução dos conflitos, ou seja, o império da norma é ministrado e aplicado pelo Estado de forma a garantir a paz social³⁶.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8;

³² José Frederico Marques: “A jurisdição é a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão. Inserindo-se no processo como função central na composição do litígio, ela pressupõe a existência deste e incide sobre a pretensão que o qualifica. O iudicium do magistrado recai no processo sob a pretensão de que, formulada por um dos interessados, dá origem ao procedimento. O poder estatal, que lhe pertence, de tornar efetiva a vontade concreta da lei tem por objeto essa pretensão. Julgando-a ou tomando-a efetiva e satisfeita ou repelindo-a, o juiz dará a cada um o que é seu, dizendo, de acordo com o direito objetivo, qual o interesse prevalente no conflito que é chamado a compor, em determinado processo. MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 1 ed. Campinas: Revista do Tribunais - Millennium, 2000, p. 258;

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 305;

³⁴ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 16ª ed. 2000, p. 125;

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 309;

³⁶ Enrico Tullio Liebman: “Una branca del diritto è perciò appunto destinata al compito di garantire l’efficacia pratica effettiva dell’ordinamento giuridico, mediante l’istituzioni degli organi pubblici che provvedono ad

Assim, não se pode deixar de mencionar que apesar das divergências quanto à conceituação a grande maioria dos doutrinadores são convergentes em conceituar jurisdição como sendo uma função estatal, ou seja, não pode ser exercida por um particular, somente por órgão legitimados a exercer a referida atividade, haja vista a possibilidade de imposição da força e da coatividade para o cumprimento da substituição da vontade da parte, que passa a ter o dever e o direito de obedecer à ordem proferida pelo Estado.

Para Guasp (1998, p.92) a jurisdição também é uma função do Estado, mas pressupõe que o Estado seja aquele que controla o ordenamento jurídico, bem como dispõe de meios concretos para aplicação da norma objetiva.

El Estado asume esta función, no porque si no lo hiciera quedaría sin resolver un conflicto o lesionado un derecho, sino porque, al no reconocer la figura de la pretensión procesal, quedaría estimulada por el abandono público la satisfacción privada de otras pretensiones de análogo contenido. Así, aunque al Estado interesa indudablemente eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o, aún en mayor grado, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor, ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a esta fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional. Por el contrario, el fundamento de la Jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone para la paz y La justicia de la comunidad una abstención en este punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes puedan formular ante él.³⁷

Para o referido autor a jurisdição tem por fundamento a necessidade de se eliminar os conflitos sociais, bem como de dar efetividade ao direito subjetivo reconhecido pela lei, a jurisdição é necessária para a concretização da justiça eliminando-se as ameaças à paz social.

Tourinho Filho (2003, p.47) conceitua jurisdição como: "aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide."³⁸ Destaca-se que o referido autor consegue concentrar as principais doutrinas sobre jurisdição, essa como função do Estado de fazer atuar o direito objetivo, que deve estar relacionado com um caso concreto, obtendo-se a pacificação social por meio da justa composição do conflito de interesse, que vem qualificada por uma pretensão resistida.

attuare questa garanzia, con la disciplina de modalitè e forme della loro attivitè. Questi organi sono gli organi giudiziari; la loro attivitè si chiama da tempo immemorabile giurisdizione (iurisdictio)". LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 03;

³⁷ GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 4ª ed. Madrid: Civitas S.A., 1998, p. 92;

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003, p. 47;

Antunes (1993, p.34) é no sentido de que a jurisdição, além de um direito de todos é um dever do Estado:

O primeiro passo para que a jurisdição seja um direito vivo é a garantia plena, facilitada e desembaraçada do acesso de todos aos órgãos competentes para prestá-la. A jurisdição é direito de todos e dever do Estado, a maneira de outros serviços públicos que neste final de século se tornaram obrigação positiva de prestação afirmativa necessária da pessoa estatal. A sua negativa ou a sua oferta insuficiente quanto ao objeto da prestação ou ao tempo de seu desempenho é descumprimento do dever positivo de que não se pode escusar a pessoa estatal, acarretando a sua responsabilidade estatal.³⁹

Sobre os objetivos da jurisdição é Fiuza (1995, p.31): “é objetivo precípua da jurisdição dizer o Direito, ou seja, aplicar o Direito Abstrato ao caso concreto, para tal se servindo das diversas fontes admitidas, como a Lei, os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais do Direito e a doutrina.”⁴⁰

A jurisdição é, portanto, fruto de uma longa evolução histórica, em especial da crescente intervenção do Estado nas atividades privadas e nas relações sociais. No direito romano o meio oficial ou ordinário de gestão de conflito era uma espécie de arbitragem. Somente no final do império romano é que as decisões passam a ser emanadas diretamente pelo Estado, como substituição das vontades e imposição de um Poder Estatal.⁴¹

A jurisdição não pode ser considerada uma evolução gradativa que tem como ponto de partida a autotutela, que evolui para a autocomposição e depois se concretizando com a jurisdição. A autotutela e autocomposição sempre existiram e continuaram existindo após o surgimento da jurisdição como Poder do Estado, a evolução da jurisdição não segue qualquer paralelo com a autotutela e a autocomposição, que possuem objetos de estudos diferentes e seguem caminhos independentes de evolução.

Tendo como fundamento esses conceitos de jurisdição, em especial adotando-se o paradigma de tratar-se de uma função estatal, verifica-se que o objeto desta dissertação são os mecanismos gestão de conflitos que se desenvolvem fora do poder judiciário e da jurisdição, mesmo que sob a sua proteção ou fiscalização.

³⁹ ANTUNES, Carmem Lúcia. **O direito constitucional à jurisdição**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p.34.

⁴⁰ FIUZA, CÉSAR. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 31.

⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 43.

1.3.3 Adequados

O termo “alternativo”, utilizado por grande parte da doutrina e dos pesquisadores que investigam o tema objeto desta pesquisa é objeto de muitas críticas, pois indica a necessidade de escolha entre um mecanismo e outro. Neste sentido é Carmona (2009, p.32) que afirma ser razoável pensar que a regra geral para solução de conflitos deve ser a solução encontrada pelas partes interessadas (negociação, mediação e conciliação); não havendo interesse ou possibilidade de resolução direta entre as partes, o segundo mecanismo deve ser a arbitragem, que é um método heterocompositivo, mas sem a necessidade imediata de intervenção do Estado, por fim, e de forma excepcional e, portanto, alternativa, estaria o mecanismo heterocompositivo do processo estatal.⁴²

Sobre a necessidade de escolha do meio adequado para cada conflito, é o ensinamento de Azevedo e Silva (2006, p.117): “as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para reduzir-se as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar de melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto.”⁴³

Ainda sobre a utilização do termo “adequado” é Mendes (2014, p.85):

contudo, primeiramente, antes de adentrar ao tema propriamente dito, é necessário explicar um aspecto terminológico, a justificar a terminologia por mim adotada, que me impõe a substituição do tradicional e difundido termo ‘alternativo’, em adjetivação aos métodos não adversariais de solução de lides, pelo termo adequado, por entender, convictamente, que o sistema atual de justiça, enquanto método adversarial de resolução disputas, em verdade, decide as questões, impõe decisões – define, com base na lei, jurisprudência e conjunto probatório, a questão posta pelas partes ao julgador, ou seja, de forma impositiva, aquele que detém o poder do Estado, de forma delegada, para decidir as lides, imporá, fará incidir uma solução encontrada legalmente, sem que desta conclusão ao processo conste o elemento pacificador de solução, de consensualização, de resolução do conflito em si.⁴⁴

⁴² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

⁴³ AZEVEDO, André Gomma; SILVA, Cyntia de Carvalho. **Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos**. Revista do Advogado, ano 26, n. 87, set./2006, p. 117.

⁴⁴ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Mediação e conciliação. Histórico dos métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países. Das técnicas de conciliação e mediação, suas nuances, pontos de convergentes e aspectos práticos**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 85;

Pereira Junior (2014, p.34) afirma que com a subtração do conflito de seu ambiente retroalimentador, que é o processo, deve se reconhecer e nominar as demais vias de resolução de conflitos como vias adequadas, não mais como vias alternativas, ao atender com técnicas próprias as necessidades peculiares geradas por cada conflito, tendo em vista a sua completude e profundidade, tais vias revelam a solução do conflito de forma adequada, rápida e eficaz, garantindo a integração e compreensão mútua das partes.⁴⁵

Nas formas de gestão de conflitos, não se pode afirmar qual é o principal e qual é o alternativo, seja em razão da quantidade, dos modelos de mecanismos utilizados ou pela opção do Estado na utilização de um ou outro mecanismo. Para fins científicos, o que inicialmente foi tratado com “alternativa” passou a ser percebido como mecanismos “adequados” de gestão dos conflitos, pois cada mecanismo se manifesta mais adequado segundo a natureza do conflito estabelecido, conforme será demonstrado ao longo desta pesquisa.

1.3.4. Gestão

A terminologia “gestão” adotada na presente pesquisa tem por fundamento o entendimento de que após o surgimento do conflito ele estará latente, em grau maior ou menor de intensidade. Assim, o termo a ser adotado deve ser: gestão de conflitos, este entendido como a forma de gerir, de restabelecer a paz social, independentemente da resolução ou apresentação de uma solução para o conflito. Neste sentido e defendendo a denominação “alternativas de gerenciamento de conflitos” é Saltoratto (2014, p.245).⁴⁶

O conflito não precisa ser resolvido ou solucionado, conforme afirmam alguns pesquisadores, os conflitos são, acima de tudo, instrumento de evolução da sociedade, a mola propulsora que permite sobreviver na dicotomia escassez de recursos versus pretensão ilimitada. Os conflitos precisam ser administrados e para isto faz-se necessário identificá-los, compreendê-los, interpretá-los e utilizá-los para o crescimento das relações sociais.

⁴⁵ JUNIOR, Ricardo Pereira. **Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 34.

⁴⁶ SALTORATTO, Margarete Aparecida. **Procedimentos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC'S**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 245.

1.3.5 Conflitos

Para a correta compreensão do termo conflito, importante a divergência encontrada entre Moore e Carnelutti. Moore considera o conflito em seu aspecto sociológico identificando-o em diversos níveis, que denomina: conflitos latentes, conflitos emergentes e conflitos manifestos. Os conflitos latentes são aqueles ainda não concretizados, não desenvolvidos por completo, em regra sequer percebidos pelas partes envolvidas. Nos conflitos emergentes as partes percebem determinado grau de discrepância, mas sem o estabelecimento da busca de uma solução; por fim, os conflitos manifestos, que são aqueles qualificados por uma disputa dinâmica, em que as partes podem ter começado a negociar ou já se verifica o estabelecimento de um impasse.

De outro lado, Carnelutti estabelece um conceito de conflito com mais amplitude, considera qualquer pretensão, ainda que não resistida, como sendo conflito, reservando para o conflito de interesse qualificado pela pretensão resistida a denominação “lide” ou litígio.⁴⁷

Dinamarco (2004, p.116) é crítico quanto ao conceito de lide estabelecido por Carnelutti, entendendo que é necessário trazer ao referido conceito uma formação publicista, ou seja, é preciso ampliar o conceito para abranger também o conflito privado de interesses, entendendo o conflito,⁴⁸ portanto, com a qualificação de interesses públicos e privados⁴⁹.

O conceito de conflito estabelecido nesta dissertação tem por fundamento a amplitude conceitual defendida Dinamarco (2008, p.134), ou seja, não se entende o conflito apenas como elemento da lide, mas como sinônimo de insatisfação, como “fenômeno psíquico decorrente da carência de um bem desejado.”⁵⁰

⁴⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.18.

⁴⁸ Segundo Dinamarco: “o conceito de conflito não é muito claro em doutrina. A mais abalizada tentativa de defini-lo foi a que o envolveu na ideia de lide, apontada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti). O conflito, elemento substancial da lide, seria representado pela incidência de interesses de dois ou mais sujeitos sobre o mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos, ou a todos esses interesses. A exteriorização do conflito, ou seu elemento formal, seria a tensão entre a exigência externada por um sujeito (pretensão) e a resistência oposto pelo outro. Essa construção, além de exageradamente ligada a relação de direito privado, dá destaque a algo que socialmente é quase indiferente, ou seja, ao conflito conforme definido por seu autor. Na vida social o que incomoda e aflige não é a teórica incidência de interesses sobre o bem, mas justamente as exigências não satisfeitas. Aí estão os conflitos que o processo visa dirimir.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol 1. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.

⁴⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 52;

⁵⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 134;

Suares (2008, p.78) é no sentido de que disputa é uma espécie de conflito, para a autora, o conflito é um processo complexo que não pode ser abarcado em uma única definição, mas a disputa pode ser entendida como parte deste complexo processo, que se caracteriza como uma fase pública e aparente do processo de conflito.⁵¹

Tartuce e Faleck (2014, p.173) adotam a terminologia "resolução de disputas". Os autores afirmam a preferência pelo termo disputa, em razão de este refletir uma unidade de interação social que está mais relacionada com um caso concreto, uma espécie de conflito em que alguém tem uma pretensão diante de outrem, por um fato determinado.

Os mesmos autores revelam que a mãe desta teoria moderna de resolução de disputas é a cientista política norte-americana Mary Parker Follet, que no início do século XX afirmou que os conflitos podem ter três diferentes formas de resolução: dominação, compromisso e interação. Na dominação teríamos a imposição da vontade de uma parte, que chamaremos neste estudo de autotutela; o compromisso pressupõe que as partes abram mão de elementos que valorizam para se chegar a um acordo, o que neste estudo representa a principal característica da conciliação; a integração pressupõe o manuseio da disputa de uma forma positiva, com a criação de opções e valores que possibilitem atender aos objetivos, às necessidades e às vontades das partes, que neste estudo representa a principal característica da mediação.⁵² Mary Parker Follet também foi a primeira pesquisadora a apresentar um força positiva aos conflitos, ou seja, a apresentar possibilidade de criação de valores advindos da relação de disputas.

O conceito de conflito é adjetivado de justiça por Freitas Jr (2009, p.518), ao afirmar que somente estes conflitos interessam ao direito, à sociologia, às políticas públicas em geral e às políticas de justiça, para o autor, conflitos de justiça são:

situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1) no plano subjetivo: um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam bens e encargos de natureza material ou imaterial; 2) no plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos e; 3) no plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça.⁵³

⁵¹ SUARES, Marínés. **Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2008, p. 78.

⁵² TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 173;

⁵³ FREITAS JR, Antônio Rodrigues de. **Conflitos de Justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz**. In: SALLES, Carlos A. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 518.

No mesmo sentido, afirmando que a disputa não é o próprio conflito, mas apenas uma decorrência deste é Costa (2004, p.164), segundo o qual resolver a disputa não é por fim ao conflito, que é subjacente. Para o autor citando o exemplo de uma decisão judicial em que o Juiz decide sobre a guarda de um filho, esta decisão põe fim a uma determinada disputa, mas não resolve a relação conflituosa e muitas vezes criam novas dificuldades de se estabelecer uma relação pacífica entre as partes.⁵⁴

Partindo desta concepção de que a disputa não se confunde com o conflito é possível afirmar a existência de conflitos sem haver propriamente uma disputa, como ocorre nas disputas não envolvendo bens ou direitos, exemplo: em um conflito sobre diferentes percepções do mundo; um conflito sobre algo que não é quantificável, como um carinho ou um pedido de desculpas. Nesses casos, falham todos os modelos de resolução de disputas, pois nenhum acordo ou decisão judicial ou extrajudicial será capaz de conciliar os desejos, que são divergentes e por não convergirem em relação a um bem ou a um direito específico.⁵⁵

Sociólogos e psicólogos norte-americanos, em especial o pesquisador Marton Deustch, identificaram duas perspectivas diferentes de lidar com os conflitos: a cooperação e a competição, que poderiam ser resumidas nesta pesquisa, respectivamente nos institutos da autocomposição e heterocomposição.⁵⁶

A teoria da resolução de disputas se preocupa com a aplicação de conceitos, princípios e regras para a gestão de disputas e a melhoria da qualidade das relações humanas.⁵⁷ O termo resolução de disputas, segundo Meadow (2005, p.11), é derivado do termo resolução de conflitos (conflict resolution), que no campo dos estudos jurídicos é normamente referido como resolução de disputas (disputes resolution).⁵⁸

A clássica expressão “solução de conflitos”, com suas variantes “resolução de conflitos”, “solução de disputas”, “solução de litígios” e outros recebem crítica de Calmon (2007, p.21), haja vista proporcionarem uma visão negativa do fenômeno, pois se referem ao

⁵⁴ COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 163.

⁵⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 164.

⁵⁶ TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 174.

⁵⁷ TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 172.

⁵⁸ MENKEL-MEADOW. **Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution**. In: MOFFIT, Michael L e BORDONE, Robert C. (coord.). **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p.11.

problema e não à solução. O pesquisador propõe a modificação da denominação com a utilização dos termos: “meios de remoção dos obstáculos à pacificação social” ou “meios de restauração da paz social”, tendo como objeto a solução do fenômeno, não o problema.⁵⁹ A denominação se mostra adequada, em especial ao verificar o conflito em sua forma mais ampla, não somente na situação em que há divergência de interesses entre pessoas, mas quando a própria lei ou o Estado impõe uma proibição ao interesse da parte, ainda que haja convergência nos interesses.

1.4. CRISE NA JUSTIÇA

A principal finalidade do Poder Judiciário é buscar a pacificação social, este é também um valor que deve ser buscado e não pode estar vinculado a determinado tipo de processo ou procedimento desenvolvido dentro do monopólio jurisdicional de distribuição da justiça. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário encontrar, desenvolver e aprimorar os mais diversos mecanismos judiciais e extrajudiciais de gestão de conflitos aproximando o cidadão da verdadeira justiça.

A definição de justiça ainda é objeto de polêmica entre os doutrinadores; Segurado (1994, p.25),⁶⁰ Gusmão (1995, p.78)⁶¹ e Nader (1995, p.123)⁶² ao tratarem desse conceito mencionam a clássica definição elaborada pela cultura greco-romana, na qual o jurisconsulto Ulpiano tendo por base as concepções de Platão e de Aristóteles assim a formulou:

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu). Inserida no ‘Corpus Juris Civilis’, a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a idéia nuclear desse valor: ‘dar a cada um o que é seu.’⁶³

Por diversos fatores, muitos pesquisadores afirmam que o modelo atual de prestação jurisdicional encontra-se em crise. Apesar de escassa pesquisa científica sobre as causas da crise da justiça, há um consenso de opiniões apontando os principais obstáculos para

⁵⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.21.

⁶⁰ SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo, SP: E. V., 1994. p. 25.

⁶¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995. p. 78.

⁶² NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995. p. 123.

⁶³ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995. p. 25.

a prestação de um serviço justiça com excelência e que consiga concretizar seu principal objetivo, a pacificação social.

Grinover (1990, p.217) elenca os seguintes fatores de crise: a sobrecarga dos Tribunais; morosidade dos processos; alto custo; burocratização; complicação procedimental; a mentalidade dos juízes, que deixam de fazer uso dos poderes que lhes são inerentes; falta de informação e orientação dos envolvidos no conflito e as deficiências do patrocínio gratuito.⁶⁴

Faria (2014) também escreve sobre a ineficiência da justiça brasileira, entretanto, aborda três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica: “a ineficiência decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar.”⁶⁵

Assis (1994, p.11) também elenca três fatores que geram a ineficiência na administração da justiça: crise de oferta, que seria retratada na deficiência do aparelhamento estatal de prestação do serviço justiça; a crise da demanda, representada pelo grande número de conflitos, em especial os novos conflitos, decorrentes do grande avanço da sociedade; e, por fim, a crise ideológica, esta relacionada com o julgador, que pode se apresentar distante da realidade social, decidindo somente como base na legislação e nas normas abstratas em vigor.⁶⁶

Flaks (2004, p.91) também liga a ineficácia do Poder Judiciário na resolução de conflitos à notória morosidade da demanda judicial, ou seja, aponta como fator de crise a contradição entre a celeridade e a eficácia:

(...) lamentavelmente, é notória a morosidade da justiça brasileira e a pouca familiaridade da magistratura, salvo raras exceções, com questões societárias, especialmente as de maior complexidade. A possibilidade de se estabelecer uma cláusula arbitral no estatuto social das companhias é, justamente, uma tentativa de superar os entraves do processo judicial típico, já que, em comparação com este último, as decisões no processo arbitral, como está comprovado pela prática, são mais céleres e tecnicamente mais adequadas.⁶⁷

Portanto, é necessária uma mudança no paradigma estatal de único responsável pela resolução de conflitos, sob pena de com a ineficácia do Poder Judiciário gerar um falta de

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. In: GRINOVER: Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, São Paulo, Forense Universitária. 1990, p. 217.

⁶⁵ FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2014 às 11h32min.

⁶⁶ ASSIS, Araken de. **O Direito Comparado e a Eficiência do Sistema Judiciário**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 43, p.9-25, 1994, p. 11.

⁶⁷ FLAKS, Luís Loria. **A arbitragem na reforma da lei das S/A**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 131, julho-setembro, 2003, p. 91.

força normativa dos institutos, uma descrença da sociedade nos órgãos responsáveis pela pacificação social, fato este de extremo prejuízo para o Estado Democrático de Direito.

Watanabe (2012, p.87) afirma que uma das principais causas da crise que afeta a justiça brasileira está na adoção do mecanismo adjudicatório e na cultura de que a sentença é o instrumento mais adequado e correto para se fazer justiça.

Estamos, mais do que nunca, convencidos de que, entre as várias causas desta crise, que são inúmeras, uma delas é a adoção pelo nosso judiciário, com quase exclusividade em todo o país, do método adjudicatório para resolução dos conflitos para ele encaminhados, vale dizer, solução dada autoritativamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz. A mentalidade predominante, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, é a que vê na sentença a forma mais sublime e correta de se fazer a justiça, considerando os chamados meios alternativos de solução de conflitos — como mediação, conciliação, arbitragem e outros —, formas atrasadas e próprias de povos pouco civilizados.⁶⁸

No mesmo sentido e ressaltando que a crise da justiça se dá em razão de sua prestação ser feita para satisfazer uma parte em detrimento da outra, ou seja, com a utilização do mecanismo adjudicatório é Crespo (2012, p.121):

O Judiciário não tem alcançado esse objetivo, porque o trabalho da justiça é prestado para satisfazer uma das partes em detrimento da outra, o que prejudica a harmonia. Os métodos alternativos de resolução de conflitos podem contribuir para encontrarmos soluções que levem em consideração os interesses de ambas as partes, aumentando assim sua satisfação. Silenciar a maioria é uma forma de se obter a pacificação social, mas sacrifica a livre expressão. Deixar que todos falem sem uma estrutura, por outro lado, produz o caos. A participação de forma organizada não suprime nem orchestra o que as partes dizem ou fazem; ao contrário, orienta a sua interação. Dessa forma, em vez de produzir um silêncio opressivo, ou apenas ruído, produz-se música. Assim, essa experiência envolvendo uma interação expressiva transformaria a forma de participação das partes, primeiro na esfera privada e posteriormente na esfera pública.⁶⁹

As dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário são bastante conhecidas: o aumento do número e a complexidade dos conflitos, a morosidade da prestação jurisdicional,

⁶⁸ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. In: CRESPO, Mariana Hernandez. *Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão*. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia e CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 87.

⁶⁹ CRESPO, Mariana Hernandez. **A construção da América Latina que queremos: complementando as democracias representativas através da construção de consenso**. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia e CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 121.

as custas elevadas, o sistema processual com excesso de formalismos, a mentalidade e cultura dos juízes, que muitas vezes não estão abertos às necessidades sociais.⁷⁰ Sobre a necessidade uma maior participação dos juízes, que devem conhecer a realidade e os valores desejados pela sociedade é Silva (2014): “O juiz é um cidadão e como tal é partícipe da sociedade, devendo conhecer de perto os valores por ela desejados, não pode deixar de discutir suas ideias, nem fechar os olhos às desigualdades e aos problemas sociais existentes.”⁷¹

Calmon (2007, p.153) afirma que as principais causas da crise da atividade judicial são: o excesso de litigiosidade da sociedade, a escassez de recursos humanos e materiais e também porque a atividade judicial é um mecanismo obsoleto e burocratizado.⁷²

Sobre a relação entre a crise da justiça e o elevado número de processos é Alves (2013, p.89): “Em razão do maior número de demandas propostas em face do número reduzido de julgamentos, há um acúmulo de demandas que se aglomeram, atravancando o fluxo normal da tramitação processual, prejudicando a observância regular dos prazos processuais fixados na legislação brasileira.”⁷³

Ademais, além da crise investigada, merece destaque a dificuldade de se encontrar uma solução justa, pois estas soluções não são padronizadas ou tabeladas, a revelação de uma solução justa depende de diversos critérios e fatores, de natureza objetiva e subjetiva: o relacionamento prévio das partes, a religião, a comunidade que pertence, seus costumes e ambiente cultural, profissão, situação financeira, idade, condição física e emocional, enfim, diversas situações que podem influenciar na gestão do conflito e que não são analisadas nos diversos mecanismos tradicionais, em especial pelo método adjudicatório de substituição da vontade das partes pela decisão estatal.

Outro fator apresentado pelos pesquisadores como elemento de crise do Judiciário é o nível de litigiosidade, que deve ser medido pela proporção entre as novas demandas que são propostas perante o Poder Judiciário a cada cem mil habitantes⁷⁴. Gabbay

⁷⁰ AMARAL, Maria Terezinha Gomes do. **O Direito de Acesso a Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 39.

⁷¹ SILVA, Nelson Finotti. **O Acesso à Justiça e a Democracia**. Disponível em: <https://www.univem.edu.br/jornal/materia.asp?mat=20>. Acesso em 04 de novembro de 2014 às 09h39min (horário de Brasília, DF, Brasil)

⁷² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.153.

⁷³ ALVES, Cristiane Paglione. **Papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual**. 2013. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013, p. 89.

⁷⁴ O Relatório anual do Conselho Nacional de Justiça indicando o alto nível de litigiosidade no Brasil está disponível no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros>.

(2013, p.6) afirma que no Brasil, onde os níveis de litigância mostram-se elevados, a maior parte dos processos judiciais vai a julgamento.⁷⁵

Tal fator se difere do que ocorre nos EUA, onde a maior parte dos processos termina em acordo e menos de 5% dos processos vai a julgamento⁷⁶. Afirma-se, portanto, que a alternativa para a gestão de conflitos nos Estados Unidos da América é a prestação jurisdicional, pois a regra é o acordo, em especial o obtido pelos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos.

A mesma autora adverte que esta inversão de valores não está relacionada somente ao incentivo e maior investigação e utilização dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos, mas a diversos fatores que somados levam a esta “cultura do acordo” em substituição à “cultura da sentença”, na denominação de Watanabe (2013, p.7). Outros fatores contribuem para esta “cultura do acordo”, que prevalece nos Estados Unidos da América: o maior grau de incerteza das decisões judiciais; o alto custo das demandas de natureza cíveis, que são decididas pelo Tribunal do Júri; a extensa e complexa fase de produção de provas, que é realizada pelos próprios advogados; o alto custo dos honorários dos advogados, que não atuam somente na defesa dos clientes, mas como instrumento de produção de provas e as elevadas taxas judiciais.⁷⁷

Sobre tal tema importante o ensinamento de Arantes (2007, p.100):

o Judiciário, que se havia expandido na fase anterior justamente para participar da implementação da legislação social, em vez de retroagir na mesma proporção que o Estado social em crise, viu-se ainda mais exigido nesse contexto dúbio de escassez de recursos públicos e de direitos legislados abundantemente. Se na fase anterior já era difícil garantir a efetividade desses direitos pela via judicial, agora a situação de crise do Estado torna o quadro mais dramático, combinando elevação das demandas e baixa capacidade de resposta do Judiciário.⁷⁸

O Poder Judiciário no intuito de dar amplitude à proteção dos direitos, por meio da inafastabilidade da jurisdição, acaba por deixar estes direitos quase que sem proteção,

⁷⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 6.

⁷⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 7.

⁷⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 7.

⁷⁸ ARANTES, R. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, L.; Cintra, A. O. (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007, p. 100.

pois não consegue concretizar seu objetivo, haja vista a falta recursos, combinada com a grande carga de demandas geradas pela complexidade da evolução social e o surgimento de novas necessidades e, por conseguinte, novos direitos.

Para Nalini (2013, p.212) o Poder Judiciário não pode ser a primeira e exclusiva opção para qualquer lesão ou interesse contrariado:

O Judiciário deve ser o guardião da Constituição e do ordenamento. Mas não pode ser babá de adultos. Aquele que provê desde a chupeta e a mamadeira, até a urna funerária. A judicialização de todos os conflitos amarra a sociedade, mantém-na calada, sob a blindagem formalística do processo. Inibe a criatividade, sepulta a solidariedade, torna fraternidade uma palavra destinada à arqueologia semântica.⁷⁹

No mesmo sentido, mas com ênfase no processo civil, entende-se que este ramo do direito não pode ter como objeto apenas as técnicas de soluções imperativas dos conflitos, com substituição da vontade por um terceiro imparcial, como ocorre na jurisdição, mas deve estudar com profundidade outros mecanismos de resolução, ou conforme terminologia adotada na presente pesquisa, de gestão de conflitos, em especial as extrajudiciais, sem a intervenção do Poder Judiciário, pois, em muitos conflitos, como naqueles em que as partes estão em contato permanente, a solução pela jurisdição, em regra, não se revela a mais adequada e eficaz, como meio de pacificação social.

Afirmando a necessidade de uma canalização dos fatores de superação da crise jurídica e jurisdicional é a citação de Figueira Júnior (1999, p.110):

Faz-se mister a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos em direção a um único quadro de superação da crise jurídica e jurisdicional que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução de conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados. Para que obtenhamos êxito concreto com a nova lei, nossas mentalidades precisam se adaptar aos novos tempos e às exigências hodiernas, a começar pela revisão conceito de jurisdição.⁸⁰

Basso (2013, p.207) também se apresenta no mesmo sentido:

A cada dia se reconhece mais a necessidade de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. A morosidade do Poder Judiciário na resolução de

⁷⁹ NALINI, José Renato. **Implicações éticas nas alternativas de resolução de conflito**. In: SILVEIRA, João José Custódio da e AMORIM, José Roberto Neves. *A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 212.

⁸⁰ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110.

conflitos, a necessidade de especialização na abordagem de determinados temas ou, ainda, a possibilidade de resolução de litígios a um custo menor do que os meios jurisdicionais tradicionais encontram-se entre as razões que levam pessoas e empresas a buscarem meios alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem, a mediação e a conciliação⁸¹.

Castelar e Saddi (2005, p.9) afirmam que em alguns seguimentos empresariais as resoluções de conflitos pelo Poder Judiciário estão se tornando exceção, haja vista o alto custo, a morosidade, o excesso de formalidade e falta de efetividade nas decisões, que quando proferidas já não mais interessam aos litigantes:

O Poder Judiciário acabou se tornando uma alternativa ainda mais distante para a solução de conflitos. Emerge desse fato, como principal causa, o deslocamento da lei para a sociedade (...) de modo geral, as empresas encaram o Poder Judiciário como alternativa pouco eficiente, dotada de uma relação custo-benefício desequilibrada, para ser acionada apenas em último caso. É morosa, extremamente ritualizada, imprevisível e cara. Sem contar que muitas vezes quem ganha não leva.⁸²

A falta de força normativa do ordenamento jurídico, ou seja, a consciência de que o Poder Judiciário é ineficaz, que não consegue dar proteção às violações de direitos ou quando consegue, que esta proteção é outorgada de maneira tardia, leva os jurisdicionados a abrirem mão deste direito, aceitando a sua violação, por completo desamparo do órgão que deveria outorgar proteção e, mais que isto, pela falta de garantia quanto à efetividade e cumprimento de suas decisões.

Sobre a crise da justiça assim afirma Mucari (2010, p.32): “O Judiciário pede socorro. A demanda de processos que diariamente chegam à Justiça, muitos deles beneficiados pelos abusos da gratuidade, faz com que as pessoas promovam um excesso de litígios, até estimuladas pelo benefício da assistência judiciária gratuita.”⁸³

Outro fator que pode ser apontado como responsável pela crise da justiça é a impossibilidade de modificação do procedimento judicial apresentado às partes, sem análise das peculiaridades do caso concreto. É o que a doutrina denomina “justiça do processo”, ou seja, a necessidade de as partes envolvidas em determinado conflito acreditarem na legitimidade da instituição e do procedimento, bem como de controlar a forma pela qual se desenvolve a gestão do conflito. É preciso dar oportunidade de as partes apresentarem seus

⁸¹ BASSO, Maristela. **Arbitragem em e-business e mecanismos on-line de solução de controvérsias**. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 0, julho-outubro 2003, p. 207-214.

⁸² SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 09.

⁸³ MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Propostas para o anteprojeto do Código de Processo Civil**. Jornal do Notário - Ano XII - nº138, jun. 2010, p. 32.

pontos de vista e que em contrapartida este pontos de vista sejam analisados e considerados no processo de gestão do conflito, mesmo que apenas como forma de facilitar a comunicação e aproximação entre as partes.⁸⁴

Em 2009, sob a coordenação de Luciana Gross Cunha, criou-se o Índice de Confiança da Justiça Brasileira (ICJBrasil), que tem por principal objetivo investigar e retratar o índice de confiança da população em relação ao sistema atual de prestação de justiça. O índice é encontrado por meio de pesquisa trimestral realizada em sete regiões metropolitanas do Brasil. Nesta pesquisa utilizaremos o relatório do ICJBrasil do 2º TRIMESTRE / 2013 – 1º TRIMESTRE / 2014 : ANO 05:

Os dados no quinto ano do ICJBrasil seguem a tendência, já identificada nos relatórios anteriores, de má avaliação do Judiciário como prestador de serviço público. De maneira geral, os entrevistados consideram que o Judiciário presta um serviço público lento, caro e difícil de utilizar. Para 89% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente, 81% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 72% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. Outros três problemas apontados pelos entrevistados são a falta de honestidade (69% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (64% dos entrevistados acreditam que o judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (60% da população entrevistada classificam o Judiciário como nada ou pouco competente).⁸⁵

Analisando-se a pesquisa do ICJBrasil verifica-se que a população ainda não sentiu ou pelo menos não tem consciência dos movimentos de democratização do acesso à justiça, pois elencam como principais problemas do acesso à justiça, aqueles mesmo problemas detectados por Cappelletti e Garth, ou seja, a prestação de um serviço lento, caro e de difícil compreensão e acesso.

Importante destacar que a questão da honestidade dos Juízes não foi abordada nas três ondas de acesso à justiça e se apresenta como um fator de desconfiança do judiciário, haja vista a afirmação de que 69% dos entrevistados consideram o judiciário nada ou pouco honesto.

Segundo o relatório da pesquisa 60% da população pesquisada considera o judiciário nada ou pouco competente. Esta falta de confiança na competência do judiciário é

⁸⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 42.

⁸⁵ Relatório ICJBrasil. 2º TRIMESTRE / 2013 – 1º TRIMESTRE / 2014 : ANO 05. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1>. Acesso em 18.10.2014 às 08h28min.

consequência dos demais problemas, pois se trata de um valor subjetivo, que decorre da análise de diversos fatores que envolvem a prestação jurisdicional.

Para Rocha (1999, p.12) a justiça prestada de forma demorada e cara causa prejuízo a todo sistema jurídico, principalmente aos direitos fundamentais garantidores da dignidade da pessoa humana. Para a pesquisadora: “Quando a Justiça tarda, falha. Quanto a Justiça é afrontada no não cumprimento, torna-se vã. Quanto a Justiça exclui, desigual, desconstitucionaliza os direitos fundamentais, destrói o sistema jurídico garantidor da dignidade da pessoa.”⁸⁶

Um elemento que é trazido por todo pesquisador ao investigar a crise do judiciário é o fator tempo, ou seja, a duração do processo, que deve ser feita em prazo razoável. A Emenda Constitucional nº45, de 2004, denominada pela doutrina de reforma do Judiciário, introduziu no ordenamento jurídico constitucional o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O referido inciso assim prescreve: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”⁸⁷

Tal norma de caráter constitucional é editada com o intuito principal de atuar na busca de sanear o problema da morosidade do sistema processual. Sobre a morosidade do processo assim leciona Marinoni (2002, p.30):

A morosidade não só significa um peso muito grande para o litigante, como também inibe o acesso à justiça. A lentidão leva o cidadão a desacreditar no Poder Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo até mesmo conduzir à deslegitimação do poder. Portanto, é tarefa da dogmática – preocupada com a construção do processo justo e isonômico – pensar em técnicas que justifiquem, racionalmente, a distribuição do tempo do processo.⁸⁸

Tucci (1997, p.89) ao analisar a relação entre o tempo e o processo afirma que a demora na prestação jurisdicional impede que o processo cumpra o seu dever de pacificação social e de resolução de conflitos, para o referido autor o processo demorado pode causar o perecimento dos direitos pleiteados, danos de natureza econômica e, especialmente, gerar descrédito do Poder Judiciário e, por conseguinte, gerar uma falta de credibilidade em relação ao próprio Estado:

⁸⁶ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário: “Os dez anos da Constituição Federal e a construção da Democracia no Brasil**, Konrad-Adenauer-Stiftung, Debates, ano 1999, nº 20, São Paulo, 1999, p. 12.

⁸⁷ BRASIL. Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado – Parte incontroversa da demanda**. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p. 30.

A preocupação global em torno da duração intolerável dos feitos é patente, já que esta configura um enorme obstáculo para que o processo cumpra seus compromissos institucionais. O tempo pode causar o perecimento das pretensões, ocasionar danos econômicos e psicológicos às partes e profissionais aos operadores do direito, estimular composições desvantajosas, e conseqüentemente, gerar descrédito ao Poder Judiciário e ao Estado como um todo.⁸⁹

Hote (2007, p.469) afirma que o Estado deve garantir não só o acesso ao Poder Judiciário, mas deve também proporcionar meios para que a apreciação da demanda seja realizada em tempo razoável, respeitadas as garantias fundamentais do processo. A falta de efetividade do Poder Judiciário com a morosidade no julgamento das demandas é uma das maiores contrariedades enfrentadas pelos jurisdicionados e por todos aqueles que buscam a resolução de seus conflitos pelo Estado.

A morosidade na tramitação e julgamento de processos é de forma uníssona, uma das maiores contrariedades enfrentadas por quem recorre ao Judiciário. Gera sentimento de desamparo por parte do detentor da razão e é, por muitas vezes, comemorada vitoriosamente por aqueles que, imbuídos de interesses meramente egoísticos se utilizam do processo sem cerimônias e/ou maiores dificuldades, transformando-o em instrumento de injustiças e conseqüentemente demonstrando a total inefetividade do Poder Público em reverter tal situação.⁹⁰

No que tange à necessidade de manutenção do equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica é o ensinamento de Nagao (2014, p.285): Não se realiza toda a plenitude da justa expectativa da prestação jurisdicional apenas com a celeridade, bem como haverá comprometimento se a preocupação estiver pautada tão somente na segurança jurídica, ou seja, é a convergência desses dois valores e princípios, o equilíbrio entre estas duas forças que de forma concomitante e complementar determinará a efetividade do processo, que se tornará eficiente como técnica de solução de controvérsia⁹¹. No mesmo sentido é Moreira (1995,

⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p 89.

⁹⁰ HOTE, Rejane Soares. **A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campo dos Goytacazes, Ano VIII, n. 10, junho de 2007, p. 469. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>>. Acesso em: 04 de novembro de 2012 às 21h13min (hora de Brasília/DF).

⁹¹ NAGAO, Paulo Issamu. **Notas sobre a efetividade da prestação jurisdicional e vícios na arbitragem**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 285.

p.171): “nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele.”⁹²

Ainda sobre a morosidade da justiça e suas consequências o entendimento de Andrighi (2012):

A morosidade dos serviços prestados pelo Poder judiciário tem sido elemento inibidor para que o cidadão procure, pelos caminhos legais, os seus direitos. Elevadas custas e honorários retiram dos menos favorecidos a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário. A conjugação destes fatores provoca duas posturas indesejáveis e nocivas ao comportamento social do cidadão. A primeira é permanecer silente, omissivo, retendo o jurisdicionado no seu interior a frustração, a revolta e a insegurança pela ausência de proteção judicial a seus direitos, o que pode desencadear males psicossomáticos indesejáveis ao cidadão; a segunda é fazer a Justiça com as suas próprias mãos, exercitando por si próprio os seus direitos. É curial, que qualquer um desses comportamentos desequilibra a convivência em sociedade, inviabilizando a vida pacífica dos cidadãos.⁹³

Processo com duração razoável não é sinônimo de processo rápido, ou seja, o processo não pode ser apressado, atropelando-se as garantias constitucionais em prol da alegação de uma justiça célere. Teixeira Filho (2005, p.22) assevera que "se é certo que a justiça tardia traduz injustiça, não menos verdadeiro é que a justiça apressada, em determinadas situações, também é causa de injustiça"⁹⁴. Assim, o processo deve demorar o tempo necessário para garantir as proteções constitucionais do devido processo legal e para dar efetividade à dignidade da pessoa humana, o processo deve demorar o tempo necessário para que o Poder Judiciário possa entregar uma prestação jurisdicional justa.

Para Marinoni (1996, p.24) a morosidade do processo não está dissociada da estrutura do Poder Judiciário e do sistema de proteção dos direitos: “a questão da morosidade do processo está ligada, fundamentalmente, á estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos. O bom funcionamento do Poder Judiciário depende de uma série de fatores, exigindo, entre outras coisas, relação adequada entre o número de juízes e o número de processos.”⁹⁵

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do Processo e técnica processual**. Temas de direito processual civil, v. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 171.

⁹³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A responsabilidade do estado pela violação do direito à justiça num prazo razoável**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 de novembro de 2012 às 10h05min (horário de Brasília/DF-Brasil).

⁹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário (com ênfase à Justiça do Trabalho): emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 22.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p.24.

Sobre o embate entre celeridade e prestação jurisdicional justa Didier Junior (2009, p.55) é enfático ao afirmar que os processos inquisitivos eram extremamente céleres, entretanto, conforme demonstra a história, não eram um primor de prestação jurisdicional justa, ao contrário, eram verdadeiras concretizações de desrespeitos aos direitos fundamentais: "os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles."⁹⁶

Assim, mesmo que o objetivo do princípio da razoável duração do processo busque uma justiça com mais celeridade, o contraditório, a ampla defesa, a vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos e ilegais devem ser observados, sob pena de tornar o princípio ineficaz e causador de enormes injustiças.

Mesmo não havendo ainda um conceito pronto e definido sobre o que seria um processo com duração razoável, mister destacar que processo adequado e justo é aquele que não pode demorar mais que o tempo necessário a sua finalização, com a observância do contraditório, ampla defesa, e demais garantias constitucionais, ou seja, é o processo que demora somente o tempo necessário para que o juiz desenvolva sua compreensão acerca do caso e entregue aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional justa.

Franzé defende um critério matemático para a definição de razoável duração do processo, segundo o qual basta somar todos os prazos previstos para determinado procedimento, para encontrar o prazo razoável; se ultrapassar a soma desses prazos, implica ofensa ao princípio da razoável duração do processo.⁹⁷

Segundo Cappelletti e Garth (1998, p.20) é estatisticamente comprovado que “na maioria dos países as partes esperam por uma solução judicial por, não menos que, dois ou três anos para que se tenha uma decisão que seja exequível”⁹⁸. O princípio da tutela jurisdicional em tempo razoável deve ser o remédio contra este problema temporal de acesso à justiça.

⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivim, 2009, p. 55.

⁹⁷ “Em outras palavras, basta somar os prazos regrados pela lei processual, como por exemplo, no procedimento ordinário, uma vez distribuída a ação, é acrescentado o prazo de 1 (um) dia que o serventuário tem para submeter os autos à conclusão do juiz (CPC, art. 190). Após, são adicionados 2 (dois) dias para o despacho determinando a citação. Somados ainda 30 (trinta) dias que o oficial de justiça tem, em geral, para cumprir o mandado. Após, são adicionados 2 (dois) dias para o mandado cumprido ser juntado pelo serventuário, além do prazo de 15 (quinze) dias para a contestação do réu (CPC, art. 297) e assim por diante. Enfim, da soma de todos os prazos até o efetivo término do processo, é que se poderá auferir, no caso concreto, a quantidade de dias que – se ultrapassados –, implicará a ofensa ao prazo razoável de duração do processo.” FRANZÉ. Luis Henrique Barbante. **Direito Fundamental à duração do processo por prazo razoável**. Revista Eletrônica de Direito/Unesp, Franca, v. 1, n. 2, 2011a.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20;

A finalidade dos Estados Modernos é a paz social e o processo é um dos elementos essenciais para a efetividade desta pacificação, haja vista ser fundamental para a gestão dos conflitos. O Poder Judiciário, detentor desta função de resolver os conflitos interpretando a Constituição e as Leis, tem conseguido papel de relevante ator na concretização dos direitos e garantias fundamentais, em especial ao estabelecer a aplicabilidade direta das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido leciona Barroso (2006, p.279):

Ao longo dos últimos anos, o poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis tem desempenhado papel de maior destaque do que tradicionalmente lhe cabia. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais serve como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.⁹⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o acesso à justiça, porém ao lado da garantia constitucional, encontra-se a realidade de que o Poder Judiciário tem sido considerado inadequado na prestação desta tutela jurisdicional como é almejada e desejada pela sociedade.

Pinheiro (2001) enfatiza a questão da morosidade da justiça e suas implicações com a economia:

O Judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios. De fato, a despeito do grande aumento dos gastos públicos com a Justiça, esta permanece lenta e distante da grande maioria da população. Em parte isso se explica pelo também vertiginoso crescimento da demanda por serviços judiciais, o que faz com que os juízes brasileiros continuem obrigados a julgar milhares de processos todo ano. Neste contexto, inovações bem sucedidas, como os Juizados Especiais, têm sido incapazes de reverter endogenamente a precária situação em que vive o Judiciário. Nas palavras do presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “É consensual no Brasil a necessidade de uma reforma no Poder Judiciário, única das funções estatais que não absorveu as tecnologias disponíveis e que vem se caracterizando por inadmissível lentidão”. Essa percepção tem se refletido nos últimos anos em um amplo conjunto de propostas de reforma, discutidas dentro e fora do Congresso Nacional, que não obstante têm avançado pouco em termos de medidas práticas.¹⁰⁰

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 8ª ed. Renovar: Rio de Janeiro. 2006, p. 279;

¹⁰⁰ BRASIL, Itamaraty. **Barreiras Jurídicas, Administrativas e Políticas as Investimentos no Brasil**, v. I, jun. 2001.

A morosidade da prestação jurisdicional, aqui apontada como sendo uma das causas da crise da justiça gera o que alguns pesquisadores denominam “dano marginal”. Autores brasileiros como Marinoni (1997, p.19) e Bedaque (2009, p.15) trazem este conceito de dano marginal seguindo os ensinamentos de Andolina (1983, p.20)¹⁰¹.

Bedaque (2009, p.15) afirma que “o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular.”¹⁰²

Marinoni (1997, p.19) ao escrever sobre o dano marginal reafirma a relação entre o tempo como dimensão fundamental da vida das pessoas e a demora na entrega do bem como elemento de infelicidade pessoal e redução das expectativas de uma vida feliz: “Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz).”¹⁰³

A responsabilidade do processualista em relação à demora do processo e a necessidade de não encarar este fato como algo irrelevante, incidente ou secundário é ressaltado por Marinoni (1997, p.17): “O doutrinador que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem importância ‘científica’, não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que o tempo do processo é o fundamento dogmático de um dos mais importantes temas do processo civil moderno: o da tutela antecipatória.”¹⁰⁴

A identificação deste dano marginal é de suma relevância para a compreensão da crise na justiça, pois se verifica que o simples fato de não haver a satisfação de um direito por um tempo não razoável, já é capaz de gerar um dano ao titular deste direito, independente de sua pretensão ser acolhida.

Ainda sobre a relação tempo e processo, afirmando a impossibilidade de prestação jurisdicional é Marcacini (1999, p.49): “O processo jamais será suficientemente rápido a ponto de atender as expectativas do consumidor da justiça, pelo simples fato de que jamais se conseguirá fazer com que os direitos sejam atendidos no momento em que o

¹⁰¹ ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Giuffrè: Milano, 1.983, p. 20.

¹⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 15;

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 19.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

deveriam ser.”¹⁰⁵ Para o referido pesquisador, não é possível a existência de um processo instantâneo, salvo no caso de tirania, ou seja, algum tempo o processo deve demorar e, será sempre fora das expectativas daquele que teve o direito violado, que deseja a resolução imediata de seu conflito de interesse.

Importante destacar que a crise do Poder Judiciário também está relacionada com a cultura brasileira de tornar toda e qualquer controvérsia em uma demanda, na busca do Poder Judiciário para solucionar toda e qualquer divergência. Sobre a necessidade de modificação desta cultura de busca pelo Poder Judiciário, este é o ensinamento de Machado (2001, p.88):

De nada adiantará uma legislação eficiente e avançada (a exemplo da arbitragem), se os advogados e seus clientes não lhe atribuírem fé, por puro ceticismo ou apego às formas, tornando-se os verdadeiros obstáculos à sua utilização, sob escusas diversas para jogá-la ao desuso e esquecimento, ocultando uma verdadeira credence no meio estatal, com toda a lentidão e anacronismo reinantes, como necessário pretexto à segurança jurídica e suposta efetividade.¹⁰⁶

Não se pode deixar de mencionar que os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão dos conflitos, além de desafogar o Poder Judiciário, que poderá efetivamente resolver casos mais graves, dão efetividade ao princípio do acesso à justiça, pois a solução é rápida e pacificadora, indo ao encontro dos princípios constitucionais, em especial da busca da paz social e da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre esta crise do Poder Judiciário mister destacar o entendimento de Harada (2002, p.282) segundo o qual:

A Liberação política, seguida do nível de conscientização da população, que compõe a pluralista sociedade brasileira, gerou uma explosão de litiosidade, que a nossa justiça tradicional não tem condições de responder prontamente, tornando-se incapaz de cumprir, com a desejável regularidade, a missão que lhe cabe: a de compor as lides, isto é, a de resolver conflitos sociais, que crescem e se diversificam dia a dia.¹⁰⁷

¹⁰⁵ MARCACINI, Augusto Távora Rosa. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 1999, sob a orientação do Professor Luis Carlos de Azevedo, p. 49.

¹⁰⁶ MACHADO, Antonio Augusto. **Arbitragem e Acesso à Justiça**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC, 2001, p. 88;

¹⁰⁷ HARADA, Kiyoshi. **Poder judiciário em crise**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v.6, n.12, jul./dez. São Paulo: s. ed. 2002, p. 282.

No mesmo sentido, afirmando os problemas vividos pelo Poder Judiciário, em especial abordando a dependência orçamentária é o pensamento de Teixeira (2001, p.37):

Em uma sociedade de massa, complexa, competitiva e altamente veloz, a engrenagem estatal já não satisfaz. O Judiciário, nesse contexto, por suas características e dependência orçamentária, que se aliam a um modelo desprovido de modernidade e sem planejamento eficaz, reflete ainda com mais eloqüência esse distanciamento, apresentando-se como uma máquina pesada e hermética, sem as desejáveis: dinâmica, transparência e atualidade.¹⁰⁸

Sobre a necessidade a aperfeiçoamento e evolução das funções do Estado, relevante o ensinamento de Zafaroni (1995, p.22):

indispensável ter em consideração que as instituições reconheçam funções 'manifestas' e 'latente', ou seja, funções que são anunciadas no discurso oficial e funções que são realmente cumpridas na sociedade. A disparidade entre ambas é inevitável, mas quando a distância do que se "diz" e o que se "faz" chega a ser paradoxal, essa disparidade transforma-se em disparate, ou seja, dispara contra a própria instituição, desbaratando-a [...] De qualquer maneira, essa disparidade não pode ser erigida em discurso sedante, que iniba os esforços teóricos e políticos para a aproximação de ambas as categorias de funções, pois, dentro da relatividade do mundo, a impossibilidade do ideal não legitima a perversão do real.¹⁰⁹

Neste mesmo contexto de crise do Poder Judiciário enfatizando a falta de eficiência e identidade do Judiciário brasileiro, abordando, em especial, a desproporção entre a oferta e a procura do serviço justiça é o entendimento de Faria (1996, p.19):

Duas são as crises mais notórias ou evidentes que o Judiciário Brasileiro vem enfrentando: as crises de eficiência e a de identidade. Os aspectos óbvios da primeira crise dizem respeito a crescente inefetividade desse poder, o que pode ser ilustrado pelo flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto quantitativos quanto qualitativos. Como estão superados, organizacionalmente, os tribunais costumam ser lentos e excessivamente burocratizados. Por este motivo, eles se destacam por apresentar uma produção judicial feita num ritmo bastante inferior ao da entrada de novos processos, em 1990, levando-se em conta todo o país, entraram na primeira instância da Justiça comum 4.209.623 processos, tendo sido julgados, nesse mesmo ano, apenas 57,8% deles, ou seja, 2.434.842 processos.¹¹⁰

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma **do judiciário: reflexões e prioridades**. Consulex: Revista Jurídica, v.5, n.112, set. 2001, p. 37-39.

¹⁰⁹ ZAFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.22-23.

¹¹⁰ FARIA, José Eduardo. **A crise do poder judiciário no Brasil. Justiça e Democracia**, São Paulo, n.1, jan./jun. 1996. p.19.

Em manifestação importante sobre o tema da crise no Poder Judiciário, ao comentar o relatório da Organização das Nações Unidas sobre o Judiciário brasileiro, assim expõe Piovesan (2012):

No relatório a respeito da Justiça brasileira, apresentado pelo relator especial da ONU para a independência do Poder Judiciário destaca seus principais problemas e traz diversas recomendações. Dentre as recomendações feitas, quatro merecem destaque: a) ampliar o acesso ao Poder Judiciário; b) assegurar o direito à prestação jurisdicional efetiva; c) democratizar os órgãos do Poder Judiciário e fortalecer o controle social quanto à composição de seus órgãos de cúpula; e d) encorajar a aplicação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.¹¹¹

Abordagem que merece destaque nesta investigação sobre o tema crise da justiça é o estudo trazido por Marcacini (1999, p.31), o referido investigador denominando “causas de vicissitudes do processo” divide os problemas em: problemas de ordem externa e problemas de ordem interna¹¹².

Entre os problemas de ordem externa ele elenca: a alta inflação, que eleva o número de demandas; a crise de locações, ligada também ao aspecto econômico e somada à falta de uma política habitacional, que gera um grande número de ações de despejo; as aventuras fiscais do Estado brasileiro, que o transforma no maior litigante, em razão, principalmente, das demandas envolvendo o direito tributário e as limitações ao poder de tributar; por fim, o pesquisador apresenta como causa externa de vicissitude do processo o reconhecimento de novos direitos, que geram uma grande quantidade de ações.

Os problemas ligados ao aparelhamento do judiciário e à demora processual são relacionados pelo investigador como causas internas da crise da justiça. Entre estas causas o investigador revela que a principal é a falta de estrutura material do Poder Judiciário, que engloba a falta de servidores e juízes em número suficiente para apreciar as demandas que lhe são apresentadas. A partir desta constatação afirma-se que a legislação processual não é a única causa de crise da justiça ou vicissitude do processo, como prefere Marcacini (1999, p.31), é preciso verificar a verdadeira causa desta crise, pois, corre-se o risco de “modificar o que não incomodava, redundando em solução alguma”.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Por uma justiça acessível, efetiva e democrática**. Disponível em: <<http://www.sindadvogados-rj.com.br/19042005justica.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2012, às 09h55min (horário de Brasília/DF-Brasil).

¹¹² MARCACINI, Augusto Távora Rosa. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 1999, sob a orientação do Professor Luis Carlos de Azevedo, p. 31.

A crise da justiça ou do poder judiciário é o resultado lógico e previsível de um processo caracterizado pelas principais mazelas encontradas na prestação jurisdicional: morosidade, ausência ou deficiência de modernização, procedimentos e não padronizados, legislação processual inadequada e ultrapassada para a realidade social vigente, deficiência quantitativa e qualitativa dos recursos humanos que prestam o serviço justiça, falta de transparência, obstáculos que impedem ou dificultam o acesso à justiça e a falta de democratização¹¹³ da prestação do serviço justiça.

Adotando-se o paradigma de que o conflito não pode ser considerado algo somente negativo, mas um instrumento capaz de permitir evolução, bem como estabelecendo que a crise da justiça é um verdadeiro conflito entre a necessidade de prestação do serviço justiça com mais efetividade e os obstáculos que se apresentação à pacificação social é possível afirmar que não há se falar em superação da crise da justiça, mas em administração deste conflito para a melhoria do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

Neste sentido é Fernandes e Pedron (2008, p.9): “a crise do judiciário não pode ser superada”, pois ela exerce um papel produtivo, no Estado Democrático de Direito, haja vista colocar o Judiciário e suas decisões no centro das discussões públicas, o que permitirá uma maior reflexão da sociedade sobre o sistema de justiça.¹¹⁴

1.5. Acesso à Justiça

Assim como o conceito de justiça não é algo definido como imutável por depender do contexto histórico em que está inserido, o conceito de acesso à justiça também depende desta valoração histórica e axiológica, entretanto, mister trazer a lume o ensinamento de Watanabe (1998, p.128), segundo o qual se pode definir acesso à justiça como um conjunto de princípios e regras que garantem o acesso do cidadão à tutela jurisdicional e qualifica o processo como meio de concretização de direitos individuais e coletivos, bem como dá efetividade e eficiência ao ordenamento jurídico proporcionando a realização da justiça, ou de uma ordem jurídica justa aos cidadãos.

¹¹³ ALVES, Cristiane Paglione. **Papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual**. 2013. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013, p. 82.

¹¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e (em) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

Nessa perspectiva, a expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que reforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.¹¹⁵

Para o Lima (1994, p.16) o acesso à justiça tem uma acepção mais abrangente, não se limitando ao ingresso no Judiciário, ou seja, acesso à justiça significa ter direito a uma efetiva prestação jurisdicional com justiça na entrega real da resolução do conflito apresentado ao Poder Judiciário.

A expressão ‘acesso à Justiça’ tem uma conotação peculiar e mais abrangente. Não se limita o acesso ao ingresso, no Judiciário, e das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Significa a efetiva atuação jurisdicional, com a entrega, real, da justa composição do conflito levado ao Judiciário.¹¹⁶

Sobre a necessidade de se dar efetividade à justiça no caso concreto é importante o ensinamento de Sampaio (2001, p.98) ao estabelecer o que ele denomina “justiça co-existencial”: “sobre a justiça do caso concreto – justiça legal, técnica, profissional -, deve prevalecer, precisamente, aquela a que insisto chamar de ‘co-existencial’; ou seja, uma justiça que tenha em vista a inteira situação na qual se inseria o episódio contencioso, e que tenda a ‘curar’, não a exasperar, a situação de tensão”¹¹⁷. Importante destacar que justiça, para efeitos desta investigação deve ser entendida como princípio de ação que propicia a igualdade e harmonia entre os seres.¹¹⁸

Efetividade, nesta pesquisa científica, deve ser entendida como a aptidão para em tempo hábil e razoável e por uma atuação previsível e confiável de todos os instrumentos processuais e extraprocessuais adequados a gerar respostas e soluções concretas e úteis para a sociedade, em especial àqueles envolvidos em determinados conflitos e que têm interesse em solucionar ou gerir este conflito com fulcro na pacificação e harmonização da sociedade e da aplicação ponderável e razoável dos princípios da celeridade e segurança jurídica.

Dinamarco (2008, p.347) ressalta a necessidade de eliminar os conflitos com critérios de justiça: “a eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma

¹¹⁵ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada P. et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

¹¹⁶ LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem – a solução**. Rio de Janeiro: Forense/EMERJ, 1994. p.16.

¹¹⁷ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. **O moderno conceito de acesso à Justiça**. Revista Forense, vol. 376, p. 98.

¹¹⁸ MORA, José Ferrater, **Dicionário de Filosofia**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 401.

sucessão de brutalidade arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.”¹¹⁹

No que tange à natureza jurídica do acesso à justiça, se um princípio ou uma garantia, importante destacar a divergência entre os pesquisadores do tema. Para Canotilho (2003, p.274) o acesso à justiça decorre do princípio do Estado Democrático de Direito, ou seja, é uma garantia de acesso ao direito¹²⁰. De outro lado, Cappelletti e Garth (1988, p.12) entendem que o acesso à justiça é requisito fundamental do sistema jurídico¹²¹, ou seja, tratam o instituto como verdadeiro princípio que determina a proclamação dos direitos à sociedade.

As garantias se diferenciam dos princípios, em razão de estes serem identificados como vantagens prescritas, em especial, na norma constitucional, enquanto aquelas, as garantias, revelam-se como instrumentos pelos quais se asseguram o alcance e exercício dos princípios e regras como meio de reparação, no caso de violação ou mesmo preventivamente¹²².

Tendo em vista o objeto da dissertação, a discussão sobre a referida natureza jurídica do acesso à justiça não será aprofundada, merecendo, entretanto, esclarecimento sobre as consequências em se adotar uma ou outra premissa. Entendendo que o acesso à justiça é um princípio do ordenamento jurídico ou do processo civil, faz-se necessário estabelecer quais serão as garantias lhe darão efetividade. De outro lado, adotando-se a premissa de que se trata de uma garantia, é necessário examinar qual princípio ou direito fundamental ela assegura, pois segundo Ferreira (1998, p.131): “as declarações enunciam os principais direitos do homem, enquanto as garantias constitucionais são os instrumentos práticos ou os expedientes que asseguram os direitos enunciados.”¹²³

1.6 As Ondas de Acesso à Justiça

Em qualquer investigação sobre acesso à justiça é impossível não mencionar as ondas de acesso trazidas por Cappelletti e Garth (1988, p.12). Para os referidos autores, as

¹¹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 347.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 274.

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

¹²² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 9ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 517.

¹²³ FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 131.

fases de acesso à justiça podem ser divididas em três ondas: a primeira relacionada com o alto custo das demandas judiciais, havendo a necessidade de criação de mecanismos de acesso à justiça para as pessoas pobres, ou seja, universalizar o acesso à justiça independentemente da condição econômica do jurisdicionado; a segunda onda está relacionada com a proteção de direitos transindividuais, ou seja, bens pertencentes à coletividade como meio ambiente e a proteção ao consumidor; a terceira onda ligada diretamente a uma nova concepção de justiça, ou seja, não basta o acesso à justiça, mas é necessário proporcionar ao jurisdicionado o acesso a uma ordem jurídica justa.

Os próprios pesquisadores Capelletti e Garth denominam as referidas “ondas”, como “enfoque”, ou seja, “enfoque de acesso à justiça: “mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. ”¹²⁴

Cappelletti e Garth (1988, p.12) apresentam, portanto, três movimentos de acesso à justiça, que procuram caminhos para superar, em resumo, três obstáculos: o obstáculo econômico, o organizacional e o obstáculo processual, esse último ligado ao que se prefere denominar mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos.

Os pesquisadores brasileiros denominam este movimento de acesso à justiça como “democratização do acesso a justiça”. Cunha (2008, p.13), ao escrever sobre o Juizado Especial criado pela lei nº 9.099/95, afirma que esta definição engloba diversas questões apresentadas no movimento de acesso à justiça: aborda a eliminação dos obstáculos de acesso à justiça; a necessidade de se ter uma Poder Judiciário eficiente que consiga institucionalizar a democracia; a maior participação da comunidade nos processos de solução de conflitos¹²⁵ - que denomina-se, gestão de conflitos - o termo democratização do acesso à justiça não substitui os termos acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa, mas engloba todos os movimentos que buscam a melhoria da prestação e entrega de justiça para a sociedade.

A primeira onda de acesso à justiça, segundo a investigação de Cappelletti e Garth é no sentido de que, nos países ocidentais, os primeiros esforços para superação dos obstáculos de acesso à justiça concentram-se em proporcionar serviços jurídicos aos pobres.

A reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o Office of Economic Opportunity (OEO) e continuou através do mundo no início da

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

¹²⁵ CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13;

década de 70. Em janeiro de 1972, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século dezenove, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de "securité sociale", no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Em maio de 1972, o novo e inovador programa da Suécia tornou-se lei. Dois meses mais tarde, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária da Inglaterra aumentou grandemente o alcance do sistema implantado em 1949, especialmente na área de aconselhamento jurídico, e a Província Canadense de Quebeque estabeleceu seu primeiro programa de assistência judiciária financiado pelo governo. Em outubro de 1972, a República Federal da Alemanha aperfeiçoou seu sistema, aumentando a remuneração paga aos advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres. E em julho de 1974, foi estabelecida nos Estados Unidos a longamente esperada Legal Services Corporation – um esforço para preservar e ampliar os progressos do OEO, já agora dissolvido. Também durante esse período, tanto a Áustria quanto a Holanda reviram seus programas de assistência judiciária, de modo a remunerar os advogados mais adequadamente. Houve várias reformas na Austrália; e a Itália quase chegou a mudar seu sistema anacrônico, que era semelhante ao esquema francês anterior a 1972. Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados.¹²⁶

No Brasil, esta primeira onda de acesso à justiça tem seu início com a entrada em vigor da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950¹²⁷, antes mesmo do estudo desenvolvido por Cappelletti e Garth e, mais de quarenta anos após, com a instituição da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994.¹²⁸

Hoje, é possível afirmar que o instituto previsto por Cappelletti e Garth encontra-se constitucionalizado, com a previsão da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, inserida no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.¹²⁹

Entretanto, por diversos fatores e entre eles a própria desconfiança na qualidade da prestação da assistência jurídica integral gratuita, estes instrumentos não foram suficientes para solucionar a crise da justiça, em especial, a crise de acesso à justiça pesquisados por Cappelletti e Garth. É possível afirmar, portanto, que a superação deste

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31;

¹²⁷ BRASIL. Legislação. Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 2.161, 13 fev. 1950.

¹²⁸ BRASIL. Legislação. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 633, 13 jan. 1994.

¹²⁹ Art. 5º, LXXIV, da CF/88: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;" BRASIL. Legislação. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

obstáculo de acesso à justiça é muito mais que um obstáculo econômico, é um obstáculo cultural e psicológico¹³⁰.

Sobre a segunda onda de acesso a justiça, segundo o ensinamento de Cappelletti e Garth (2002, p.66) o obstáculo encontrado se manifesta na inadequação do sistema de justiça voltado para os interesses individuais e o surgimento de direitos que transcendem esta conotação individualizada da prestação jurisdicional.

O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.¹³¹

No direito brasileiro os instrumentos de superação deste segundo obstáculo de acesso à justiça são percebidos nas seguintes publicações legislativas: lei da ação popular¹³², lei da ação civil pública¹³³ e código de defesa do consumidor¹³⁴ e outras, que têm por finalidade adequar a prestação jurisdicional aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹³⁵

¹³⁰ “Dois fatores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos), por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais.” SANTOS, Boaventura Souza. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: FARIA, José Eduardo. Direito e justiça. São Paulo: Ática, 1989. p. 48-49.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 66.

¹³² BRASIL. Legislação. LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965. **Regula a ação popular**. publicado no DOU de 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974.

¹³³ BRASIL. Legislação. LEI No 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Substitui o publicado no DOU de 25.7.1985.

¹³⁴ BRASIL. Legislação. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Publicado no Diário Oficial da União em 12.9.1990 - Edição extra e retificado em 10.1.2007.

¹³⁵ O conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é estabelecido no art. 81, do código de defesa do consumidor: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” BRASIL. Legislação. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Publicado no Diário Oficial da União em 12.9.1990 - Edição extra e retificado em 10.1.2007.

Dentro do Projeto de Florença, propõe-se uma solução mista para o problema da representação dos interesses difusos, que consistente em uma combinação de recursos: “A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.”¹³⁶

Por fim, a terceira onda renovatória ou enfoque de acesso à justiça está diretamente ligada à abrangência do acesso à justiça. Cappelletti e Garth encontram como obstáculos a prestação jurisdicional como sendo a única opção de prestação do serviço justiça. Em seus estudos, não propõem a substituição dos mecanismos judiciais por mecanismos extrajudiciais, mas estabelecem que o sistema tradicional deve ser apenas uma das possibilidades de melhorar o acesso à justiça.

Ribas e Mendes (2014, p.108) afirmam que a terceira onda do movimento de acesso universal do acesso à justiça encontra-se situada muito mais no âmbito da prevenção, ou seja, com atuação prévia ao surgimento do conflito, do que propriamente na submissão de tal conflito ao judiciário para a pura e simples aplicação da Lei:

Partindo do princípio que os novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluído a alteração nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto juízes como defensores, modificação no direito substantivo, destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, enfim, esse enfoque não receia inovações radicais e compreensivas¹³⁷.

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário não só garantir o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas garantir que este acesso tenha uma resposta rápida e tempestiva, bem como, que apresente uma solução adequada e efetiva ao conflito apresentado.

Barbosa Moreira (1984, p.27) ao ensinar sobre efetividade afirma que para se qualificar o processo como efetivo é preciso que ele possua as seguintes características:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem)

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 66.

¹³⁷ RIBAS, Claudio. **Etapas da conciliação**. MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. Mediação e conciliação. Histórico dos métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países. Das técnicas de conciliação e mediação, suas nuances, pontos de convergentes e aspectos práticos. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 108.

contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.¹³⁸

A terceira onda do movimento de acesso à justiça dá ênfase também na necessidade de simplificação dos procedimentos de acesso à justiça, de apresentação de novos modelos prestação do serviço justiça, da substituição de uma justiça contenciosa por uma justiça coexistencial, que Watanabe denomina “acesso à ordem jurídica justa”.

Tosta (2014, p.267) é expresso em afirmar que a terceira onda descrita por Cappelletti e Garth está relacionada com o que denominamos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos: “Por fim, MAURO CAPPELLETTE e BRYANT GARTH tratam da terceira onda de acesso à justiça, que estaria representada pelos meios alternativos de solução de conflitos, tais como a conciliação, mediação e arbitragem.”¹³⁹ O mesmo autor também defende a utilização do termo adequado, em substituição à denominação alternativo, haja vista a alternatividade dar um ideia de indiferença quanto ao meio buscado.¹⁴⁰

Sobre a importância do direito de acesso à justiça mister trazer a lume o ensinamento de Marinoni e Arenhart (2006, p.32):

A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Por essas razões, a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso à justiça, ou direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da "efetividade do processo", que traz

¹³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo**. Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28.

¹³⁹ TOSTA, Jorge. **A arbitragem no Brasil – Noções Gerais**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 267.

¹⁴⁰ TOSTA, Jorge. **A arbitragem no Brasil – Noções Gerais**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 267.

em si a superação da ilusão de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.¹⁴¹

A impossibilidade de se outorgar a todas as pessoas o acesso à justiça torna as declarações de direitos fundamentais meras declarações políticas sem nenhuma efetividade prática. Deste modo, além da preocupação com o acesso à justiça é necessário verificar e solucionar o problema da efetividade do processo. Não se pode admitir uma investigação sobre o direito processual sem estar relacionada ao direito material, tal afirmação não significa negar a autonomia do direito processual, mas impedir o seu distanciamento da realidade social.

Por fim, sobre o acesso a justiça é esclarecedora a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p.33):

Com efeito, o direito ao acesso à justiça está intimamente ligado com o direito à tutela jurisdicional do Estado, por meio do Poder Judiciário. Todavia, o acesso à justiça não se identifica somente com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que esse acesso seja efetivo é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente.¹⁴²

O princípio do acesso à justiça, previsto no art. no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”¹⁴³ não assegura apenas o acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, a possibilidade de provocar a jurisdição estatal, mas, sim, um acesso qualificado que propicie a todos aqueles que procurarem o Poder Judiciário, o acesso também a uma ordem jurídica justa¹⁴⁴, não basta o mero acesso formal aos órgãos do Estado que distribuem a justiça é necessário apresentar soluções aos problemas trazidos pelas partes.

Dinamarco (2001, p.798) também entende que o processo atual não pode se satisfazer com a garantia formal de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, garantindo-se o direito de ação a todos os cidadãos. É necessário garantir que todo o sistema processual promova

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

¹⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 33.

¹⁴³ BRASIL. Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988;

¹⁴⁴ WATANABE. Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional Para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional – CNJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.4.

uma prestação jurisdicional justa, capaz de modificar situações de injustiça e de desrespeito às garantias fundamentais:

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.¹⁴⁵

A importância do acesso à justiça não pode ser considerado um tema novo, pois, na Bíblia encontra-se uma passagem explicando a importância do acesso à Justiça no livro do Deuteronômio, 16-19:

Estabelecerás juízes e magistrados em todas as tuas portas que o Senhor teu Deus te houver dado em cada uma das tuas tribos, para que julguem o povo com retidão de justiça, sem se inclinarem para parte alguma. Não farás aceitação de pessoa, nem receberás dádivas, porque as dádivas cegam os olhos dos sábios, transtornam as palavras dos justos. Administrarás a justiça com retidão.¹⁴⁶

Mello (2005, p.92) explica que a dimensão do acesso à justiça é muito maior do que se imagina. "A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente aos valores essenciais do Estado Democrático de Direito."¹⁴⁷

Esta investigação sobre a atuação dos notários brasileiros e os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos não pretende trazer à tona uma exposição exauriente e conclusiva sobre a obra de Cappelletti e Garth, mas apenas utilizar de suas conclusões extraídas das pesquisas no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, para se alcançar o sentido de socialização do serviço justiça, no sentido de superação desses obstáculos encontrados, pois a titularidade de direitos é despida de sentido se o Estado não proporciona mecanismos adequados para sua efetivação, enfim, é preciso

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.798.

¹⁴⁶ BIBLIA SAGRADA. São Paulo: Paulinas Editora, 2005, p 187.

¹⁴⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. **A tutela adequada na reforma constitucional de 2004**. Revista de Processo, ano 30, n.124, jun. 2005. São Paulo, p.92.

encontrar mecanismos que facilitem a prestação do serviço justiça, sem se afastar das garantias constitucionais.

O objeto de estudo desta dissertação fixa suas bases na constatação do terceiro obstáculo afirmado por Cappelletti e Garth, bem como na solução apresentada por esses pesquisadores, ou seja, na necessidade de envolvimento de um conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, tendo como objetivo principal melhorar a prestação do serviço justiça como forma de administração de conflitos.

CAPÍTULO 2 – MECANISMOS EXTRAJUDICIAS E ADEQUADOS DE GESTÃO DE CONFLITOS

2.1. Evolução Histórica

Spengler (2010, p.29) afirma que a origem próxima das formas de tratamento de conflito, sem a intervenção do Poder Judiciário, é a “Alternative Dispute Resolution” (ADR), cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. A autora denomina esses procedimentos de: métodos de liquidação de desajustes indicando os Estados Unidos da América como local de surgimento:

Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR), cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. Conceitualmente, trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos através do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e da maneira como cada uma percebe as relações entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas.¹⁴⁸

A presente investigação científica não verificará a origem norte-americana das formas adequadas de gestão de conflitos, tendo como objeto de estudo somente as normas brasileiras, ou normas que deram origem direta e formalmente às normas brasileiras, como é o caso da legislação portuguesa.

A análise histórica de qualquer instituto do direito brasileiro merece uma investigação sobre a legislação portuguesa, haja vista o direito brasileiro ser anterior à história do nosso país, que foi colonizado pelos portugueses, cujas leis foram aplicadas em nosso território até a independência e, em alguns casos, mesmo após a independência, até a edição de norma interna, como é o caso do direito processual civil brasileiro.

¹⁴⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico**. In: Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. Org. SPENGLER, Fabiana Marion e NETO, Theobaldo Spengler. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 29.

2.1.1 As Ordenações do Reino

O Brasil nasce sob o império das Ordenações Afonsinas, editadas em 1446¹⁴⁹, que consolidaram a legislação portuguesa da época, desde Afonso II até Afonso V. Não foi uma verdadeira codificação, mas, sim, uma compilação coordenada das diversas normas em vigor no Estado português¹⁵⁰.

Carrilo (1997, p.37) afirma que a estrutura jurídica de Portugal se formou pelas compilações das ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas:

Três grandes compilações formavam a estrutura jurídica portuguesa. O primeiro a ordenar uma codificação foi D. João I, que reinou de 1385 a 1433. A elaboração atravessou o reinado de D. Duarte, a regência de D. Leonor, sendo promulgadas pelo recém-coroadado Afonso V, que, apesar de nada ter contribuído para a obra, deu-lhe nome: Ordenações Afonsinas, que vigoraram de 1446 a 1521, ano em que D. Manoel promulgou a que levou seu nome: Ordenações Manoelinas, fruto da revisão das Afonsinas e da recompilação das leis extravagantes [...] Depois das Manoelinas, Duarte Nunes de Leão recompilou novas leis extravagantes, até 1569, publicação muito conhecida por Código Sebastião, apesar de não ter havido participação ativa de D. Sebastião. Uma nova revisão das Ordenações foi encomendada pelo rei Filipe II a grupo de juristas chefiado por Damião de Aguiar, que as apresentou e obteve aprovação, em 1595, somente impressa e entrada em vigor em 1605 com o nome de Ordenações Filipinas.¹⁵¹

Entende-se que a afirmação não pode ser negada, haja vista as ordenações não significarem uma disposição sistemática de determinado ramo do direito, ao contrário, trazia

¹⁴⁹ A data da entrada em vigor e vigência das Ordenações é motivo de divergência entre os pesquisadores: “Podemos presumir, com relativa probabilidade, a data de conclusão das Ordenações, nada nos diz acerca de sua efetiva vigência no país. Tirar cópias dessa compilação extensa, como eram as Ordenações Afonsinas, constituía tarefa demorada e onerosa. Possivelmente, o original teria ficado na chancelaria, as primeiras cópias teriam sido destinadas aos tribunais superiores – a Casa da Suplicação, que acompanhava a Corte, e a Casa Cível, que estava em Lisboa – e pouco a pouco, mas muito lentamente, iriam sendo tiradas mais cópias completas, que só poderiam ser custeadas por conselhos ricos, como os do Porto e de Santarém, ou mosteiros poderosos como o de Alcobaça (...) O Conhecimento da compilação difundiu-se, portanto, com grandes vagares e não nos devemos deixar iludir pelas idéias actuais sobre publicação e vigência das leis. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 247.

¹⁵⁰ “Não podemos considerar um verdadeiro código, na acepção rigorosa da palavra, as Ordenações do Reino. Um código significa a disposição sistemática de um ramo determinado de direito, segundo os princípios científicos que o informaram. Ora, as Ordenações do Reino de D. Afonso IV agrupam em livros ou sectores autônomos as regras aplicáveis, atendendo à sua origem e não aos seus objetivos. Constituem-se nas seguintes partes: as leis providas dos monarcas ou aprovadas nas cortes, desde Afonso II até àquele tempo; os forais ou diplomas em que se estipulavam as prerrogativas e as obrigações dos concelhos; o direito consuetudinário, com os usos e os costumes tradicionais das terras; o direito canônico, formado da legislação conciliar e pontifícia e pelas concordatas; enfim, o direito romano das glosas e Acúrsio e de Bártolo. As Ordenações dispunham a precedência de aplicabilidade na hermenêutica dos seus preceitos, em caso de contradição: primeiro, as leis gerais da nação e os seus usos e costumes; segundo, as leis canônicas em matéria que envolva o pecado; terceiro, as leis romanas; quarto, as glosas de Acúrsio e de Bártolo”. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Das Origens Lusãs à Escola Crítica do Processo. Barueri: Editora Manole, 2002, p. 145.

¹⁵¹ CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira**. Salvador: Tribunal de Justiça, 1997, p. 37-38.

normas de caráter civil, penal, administrativo, tributário e outros. Entretanto, este fato não impõe menor relevância ao estudo das ordenações do reino que vigoraram no Brasil por mais de três séculos.

Ainda sobre as ordenações mister trazer a lume na presente investigação científica o entendimento de Cristiani (2003, p.335):

Pode ser caracterizado como um aspecto da evolução do direito ibérico. Deste participa em suas origens primitivas, na paralela dominação romana, na posterior influencia visigótica, na subsequente invasão árabe, na recepção do direito romano justinianeu, apenas separando suas trajetórias históricas quando Portugal separou seu destino das monarquias espanho-luso de então, seguindo, daí por diante, o seu direito, uma independente evolução nacional.¹⁵²

O doutrinador afirma que a origem das ordenações e, portanto, de maneira reflexa, a origem de todo ordenamento jurídico brasileiro, tem suas raízes no direito romano, no direito visigótico e na legislação instituída pelo Imperador Justiniano.

Sobre a origem do direito brasileiro aduz Pontes de Miranda (1981, p.28): “o nosso direito não vem da semente; mas de um galho, que se plantou. É de todo interesse seguir-lhe a evolução antes de existir o Brasil-Colônia. Só assim poderemos compreender certos fenômenos que posteriormente se hão de verificar.”¹⁵³

Nesse passo, antes de pesquisar os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos na legislação brasileira é importante o estudo das ordenações do reino, para que se permita extrair as bases da legislação brasileira sobre o objeto de investigação desta dissertação.

As Ordenações Afonsinas eram compostas por cinco livros, sendo o livro de número III a compilação das normas processuais com seus 128 títulos. O grande número de normas foi responsável pela dificuldade de sua divulgação na metrópole e também nas colônias portuguesas. Tal característica dificultava ainda seu estudo, aplicação e divulgação, fatores que foram indicados como fundamental para a sua reforma e substituição pelas ordenações Manuelinas, conforme justificativa do Monarca.

Sobre este tema é Gomes da Silva (1991, p.268): “reformatar estas ordenações e fazer nova compilação, tirando todo o sobejo e supérfluo, e adendo no minguido, suprimindo

¹⁵² CRISTIANI, Cláudio Valentim. **O Direito no Brasil Colonial**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 335.

¹⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 28.

os defeitos, concordando as contrariedades, declarando o escuro e difícil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem e perfeitamente entender.”¹⁵⁴

Em 1521 ocorre a publicação das Ordenações Manuelinas, que vigoraram até 1603. Tais normas atendiam mais ao interesse da realeza do que ao das outras instituições, fortalecendo o poder absoluto do Rei, não modificando substancialmente as regras processuais estabelecidas nas Ordenações Afonsinas.

Mantiveram a mesma estrutura das Ordenações Afonsinas, com a divisão em 5 livros e diversos títulos. Em havendo lacuna, as Ordenações Manuelinas, assim como as Ordenações Afonsinas, também previam a aplicação do Direito Canônico (em se tratando de pecado) ou do Direito Romano (não sendo matéria objeto de pecado) e, por fim, não havendo previsão nessas normas subsidiárias a decisão deveria ser submetida ao Rei: “quando nenhuma das mencionadas fontes se pronunciasse sobre o caso, ou quando, em matéria que não fosse de pecado e não havendo entre o direito canônico e ‘as Grosas, e Doutores das Leys’, seria o assunto remetido à decisão do rei.”¹⁵⁵

No ano de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que seguiram o método e a sistematização das outras Ordenações, ou seja, compilação das normas em cinco livros.

2.1.2 Período Imperial

Após a breve explanação da origem do direito brasileiro verifica-se, em razão do objeto da dissertação, a presença e formação dos mecanismos extrajudiciais de autocomposição nas normas editadas no Brasil.

O período imperial tem início juridicamente com a entrada em vigor da Constituição Imperial de 1824 que, no âmbito da presente investigação, previa expressamente a autotutela como forma obrigatória de resolução de conflitos antes da provocação do Poder Judiciário.

¹⁵⁴ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 268.

¹⁵⁵ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 275.

A “reconciliação” era uma verdadeira condição de procedibilidade¹⁵⁶ ou pressuposto processual¹⁵⁷, se analisados os institutos nas esferas, penal e cível, respectivamente. A “reconciliação” estava prevista no art. 161, da Constituição Imperial de 1824: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”¹⁵⁸

O responsável por promover a “reconciliação” era o Juiz de Paz, conforme determina o art. 162, da Constituição Imperial: “Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.”¹⁵⁹ Nesse sentido, pela obrigatoriedade da conciliação como preliminar a todos os processo é o que escreve Mendonça (1989, p.125): “A Constituição Política do Império, tornou obrigatório, á exemplo de outros paizes, o meio conciliatório, como preliminar á todos os processos (art. 161) e para este fim creou, como já dissemos anteriormente, os Juizes de Paz. (Art. 162).”¹⁶⁰

Outro instituto de resolução de conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário previsto na Constituição Imperial foi a arbitragem, que deveria ser instituída por vontade das partes, cuja sentença poderia ser executada sem recurso, se as partes assim convencionassem¹⁶¹. Segundo a Constituição Imperial não poderiam ser árbitros:

“(…) 1. os surdos e mudos; 2. os cegos; 3. os menores; 4. as mulheres; 5. os interdictos; 6. os analfabetos; 7. o estrangeiro, que não souber a língua nacional; 8. o inimigo capital; 9. o amigo intimo; 10. o parente por consaguinidade ou afinidade até o segundo grau, contado por direito canónico; 11. o que tiver particular interesse na decisão da causa, como o

¹⁵⁶ “A doutrina de um modo geral considera as Condições de Procedibilidade condições específicas da ação penal (porque somente exigíveis para determinadas ações), enquanto as demais, comuns a qualquer ação (interesse, legitimidade e possibilidade jurídica), seriam as condições genéricas da ação penal.” PACELLI, Eugenio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p 89.

¹⁵⁷ “Os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da relação processual.” (THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, Vol. I. 45ª edição: São Paulo:Forense. 2013, p. 68.

¹⁵⁸ **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de março de 1824) disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm – Acesso em 17.11.2013 às 10h18min.

¹⁵⁹ **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de março de 1824) disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm – Acesso em 17.11.2013 às 10h26min;

¹⁶⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Theorico e Pratico das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B,L GARNIER,11 VREIRO- EDITAR 71, 1889, p. 125.

¹⁶¹ Art. 160. Da Constituição Política do Império do Brazil: “Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.” disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm – Acesso em 17.11.2013 às 10h30min.

sócio, o advogado, o procurador e o dependente de qualquer das partes. (Art. 15 do Decr. n. 3900 de 1867, applicavel também ao eivei por identidade de razão).¹⁶²

O juiz de paz poderia ser nomeado como árbitro bem como poderia decidir nas causas da seção IV, §84. Além de ter a atribuição para conciliação prévia, que era obrigatória, o juiz de paz também possuía atribuição para decidir como árbitro nomeado das partes e também poderia decidir, em não havendo nomeação, conforme a natureza da demanda.¹⁶³

2.1.3 Período Republicano

Com o fim do sistema monárquico surge em 1889 a república, que tem por características principais a eletividade, participação do povo no poder e, principalmente, a alternância deste poder. No ano de 1890, o regulamento número 763 ampliou as regras processuais do regulamento 737, ampliando a abrangência da norma processual, que passa a ser aplicada em todas as relações civis e, não mais, somente às relações comerciais.

A constituição republicana de 1891 além de inaugurar a forma de Estado Federativa, atribui aos Estados Federados e a União competência legislativa sobre direito processual, surgindo assim os códigos estaduais de processo. O primeiro código estadual foi o código processual da Bahia, publicado em 1915. Esta competência comum aos Estados Federados e à União só se extingue com a constituição de 1937, que modificou as regras de competência legislativa atribuindo somente à União a competência para legislar sobre direito processual.

A principal modificação no sistema processual no período republicano, quanto ao objeto da presente investigação, foi a previsão da não obrigatoriedade da conciliação perante os juízes de paz para ajuizamento de demandas, ou seja, a conciliação passa a ser facultativa. É o que se extrai do Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890:

que a instituição do juízo obrigatorio de conciliação importa uma tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permitido

¹⁶² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Theorico e Pratico das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B,L GARNIER,11 VREIRO- EDITAR 71, 1889, p. 161.

¹⁶³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Theorico e Pratico das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B,L GARNIER,11 VREIRO- EDITAR 71, 1889, p. 162.

a conciliação, naquelle juízo, e de torna-la effectiva por meio de escriptura pública ou por termos nos autos e ainda em juízo arbitral de sua escolha.¹⁶⁴

A atuação dos notários como agentes de pacificação social e com autorização de para valer-se de mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos não é algo novo ou recente na legislação brasileira, haja vista a previsão na legislação republicana, em 1890, que já permitia a conciliação por escritura pública, com obrigatoriedade da intervenção do notário, agente da fé-pública e responsável pela lavratura de escrituras públicas de conciliação, conforme determinava o Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890.

2.1.4 Legislações Processuais Brasileiras

A primeira legislação brasileira e verdadeiramente processual foi o código de processo criminal de primeira instância, publicado em 1832. As primeiras normas de caráter processual civil, conforme já mencionado, são os regulamentos 763, 737 e 738, que entraram em vigor juntamente com o código comercial de 1850. Em 1876 a consolidação das leis do processo civil passa a ter força de lei.

Durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas, surge a necessidade de elaboração de novas regras processuais, que surgem por meio do Decreto-Lei nº 1.608/1939, elaborado a partir do projeto de Pedro Batista Martins. Em 1939 entra em vigor o primeiro código de processo civil brasileiro, que segundo Theodoro Junior (2005, p.17) trazia uma moderna parte geral, mas, de outro lado, uma antiquada parte especial: “dizia-se, com razão, que dois espíritos coabitavam o Código, formando uma parte geral impregnada de ideias novas, enquanto as que tratavam dos procedimentos especiais, dos recursos e da execução se ressentiam de um execrável ranço medieval.”¹⁶⁵

No mesmo sentido leciona Frederico Marques (1998, p.116): “além de procurar corrigir as falhas e deficiências da legislação de 1939, o atual Código de Processo Civil trouxe completa reforma no processo de execução e no cautelar.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas civeis e commerciaes. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=67966> – acesso em 17.11.2013 às 17h48min.

¹⁶⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, Vol. I. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17.

¹⁶⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, v.1. 2ª ed. Campinas: Millennium, 1998, p. 116.

O próximo instrumento legislativo processual brasileiro é o atual código de processo civil brasileiro que possui quase quarenta anos, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Theodoro Junior (2005, p.18), o Código Processual de 1973 não fez somente uma reforma processual, mas produziu uma verdadeira evolução no direito processual civil: “através do novo estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma de nossa legislação formal; operou-se uma grande atualização, criando-se, realmente, um código novo, e assinalou-se uma nova etapa na evolução do direito processual entre nós.”¹⁶⁷

O referido instrumento normativo possui cinco livros: do processo de conhecimento; do processo de execução; do processo cautelar; dos procedimentos especiais e das disposições gerais e transitórias.

Frederico Marques (1998, p.116) afirma expressamente: “Além de procurar corrigir as falhas e deficiências da legislação de 1939, o atual Código de Processo Civil trouxe completa reforma no processo de execução e no cautelar. Ao demais, deu ordenação sistemática aos procedimentos de jurisdição voluntária, o que até então não se continha em nenhuma lei ou código pretérito.”¹⁶⁸

Segundo a doutrina, o código de processo civil representou uma grande revolução para o direito processual brasileiro, haja vista o instrumento normativo ter corrigido diversas falhas do Código de Processo Civil de 1939, bem como trouxe institutos que nunca haviam recebido abordagem pela legislação brasileira, por exemplo, a jurisdição voluntária.

Um dos princípios adotados pelo referido código, relacionado diretamente ao objeto desta investigação científica, é o da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual, o Poder Judiciário, por ter o monopólio da justiça, da prestação jurisdicional, não pode se negar a julgar determinada demanda.

Este princípio tem origem no surgimento dos Estados modernos, que nasce para proteger os indivíduos tanto em relação a outros povos, como das ilegalidades praticadas dentro do próprio Estado, pelo seu próprio povo, as pessoas abrem mão de parcela de seus direitos para outorgar a um ente soberano a administração da Justiça, das Leis e de toda administração. “Em outras palavras, retiraram dos indivíduos privados o direito de fazer justiça com as próprias mãos e de vingar por si mesmos uma ofensa ou um crime. O

¹⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, vol. I. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18.

¹⁶⁸ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 2ª ed. Campinas: Millennium, 1998, p. 116.

monopólio da força, conforme da vingança e da violência passou para o Estado, sob a lei e o direito.”¹⁶⁹

Apesar da grande evolução afirmada pela doutrina e pesquisadores das ciências jurídicas, o código de processo civil, assim como as legislações anteriores, não traz regras sobre mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos, preocupando-se somente com a prestação jurisdicional, que se desenvolve por meio do processo judicial e se concretiza na sentença.

O objetivo precípua do Direito é a obtenção da justiça, sendo assim, não seria ideal considera-lo como um conjunto de normas rígidas e socialmente isoladas, e sim, como um fenômeno multidisciplinar que deve valer-se da maior gama possível de conhecimentos que auxiliem na sua trajetória. Dentre eles estão não só as, já consolidadas, Filosofia e Sociologia, mas também a História.

O aprofundamento no estudo da história do instituto que é objeto desta pesquisa científica tem por justificativa principal a necessidade de compreensão de toda evolução do objeto de estudo no decorrer do tempo, ou seja, necessário para entender as estruturas que compõem todos os fragmentos do sistema e também o sistema como um todo, que influência e é influenciado reciprocamente por suas partes, partindo-se da premissa de que o direito é um fenômeno complexo e que tem como um de seus principais elementos de construção a história de seus institutos e a influência dos fatores sociais e culturais em relação à época de sua construção, evolução e até mesmo de sua possível extinção.

2.2. A Retomada dos Mecanismos Extrajudiciais

Os pesquisadores falam em retomada dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos, pois esses foram os primeiros meios de pacificação social. A jurisdição ou a entrega e monopólio do Estado na prestação e efetivação do valor justiça se concretiza, em especial, com os ideais burgueses e o surgimento dos Estados Liberais no século XVIII, neste momento histórico o acesso à justiça significava essencialmente o direito formal de o indivíduo propor ou contestar uma demanda.¹⁷⁰

¹⁶⁹ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 352.

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1988, p. 9.

Afirma-se que o início da retomada dos meios autocompositivos de gestão de conflitos deu-se com a “Pound Conference” em 1976, conferência que teve como objeto as causas de insatisfação popular com a administração da justiça. Apesar da existência de outros movimentos de retomada dos meios autocompositivos de gestão de conflito a Conferência Roscoe Pond é reconhecida como o verdadeiro “Big Bang”¹⁷¹ da teoria e prática moderna de gestão autocompositiva de conflitos pois esses programas anteriores não foram desenvolvidos de forma sistemática e coordenada, que só veio ocorrer com a “Pound Conference.”¹⁷²

O principal destaque da Conferência foi o discurso do professor de Harvard, Frank Sander: “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”, segundo o qual os Tribunais não poderiam ter somente uma “porta” de recepção de demandas, mas deveriam oferecer uma variedade de instrumentos de resolução de disputas (gestão de conflitos). Entre estas diversas “portas” o professor de Harvard apresentava a mediação, conciliação e arbitragem.¹⁷³

No ano de 2008 o idealizador do sistema multiportas, Frank Sander, concedeu uma entrevista para Mariana Crespo indicando as conquistas e dificuldades de implantação e concretização do “Tribunal Multiportas” como meio de distribuição de justiça. A principal conquista afirmada por Sander foi a entrada em vigor, em diversos Estados Americanos, de normas que determinam aos advogados a obrigatoriedade de informar seus clientes sobre as diferentes formas de solução de disputas, que se denominou nesta investigação: gestão de conflitos.

Sander (2013, p.127) compara a atividade do advogado com a atividade do médico e afirma: “Se você diz ao médico: ‘meu estomago dói’, o médico não poderá dizer: ‘bem, deixe-me pegar o bisturi e vamos operar’. Os médicos devem dar opções ao paciente: ‘você pode tomar remédios, você pode não fazer nada sobre isto e pode se submeter a uma cirurgia’. Então, os advogados precisam fazer da mesma forma com as disputas, e isso os leva naturalmente a considerar e explorar diferentes opções de disputas. E, claro, os advogados precisam aprender a agir dessa forma. A educação dos advogados é uma consequência deste tipo de obrigação.”¹⁷⁴

¹⁷¹ ¹⁷¹ MENKEL-MEADOW. **Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution.** In: MOFFIT, Michael L e BORDONE, Robert C. (coord.). *The Handbook of Dispute Resolution.* San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p.19.

¹⁷² KOVACH, Kimberlee K. **Mediation: Principles and Practice.** 3ª ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 32;

¹⁷³ TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação.** In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 178.

¹⁷⁴ Entrevista de Frank Sander à Mariana Hernandez Crespo, diretora executiva da University of St. Thomas Internacional ADR Research Network, transcrição integral disponível em

No Brasil, os mecanismos autocompositivos de gestão de conflitos não surgem dos movimentos sociais, decorrem de esparsas reformas legislativas, em especial no início dos anos 90. Como exemplo é possível citar o Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995 que previa a negociação direta entre as partes, que poderiam escolher um mediador para a solução do conflito. Ainda no âmbito trabalhista a Medida Provisória nº 1.950-70/2000 previa a realização de negociações prévias antes do ajuizamento da ação de dissídio coletivo, também com a previsão de escolha prévia de um mediador. No mesmo ano outra Medida Provisória a nº 1.982-76/2000 versava sobre a utilização de mediação e conciliação nos conflitos decorrentes da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas.

2.3. Espécies de Métodos de Gestão de Conflitos

A pesquisa sobre os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos deve ser concebida como tendo raiz na Teoria Geral dos Sistemas,¹⁷⁵ que revolucionou a pesquisa científica e transformou as categorias básicas do pensamento ao estabelecer que o sistema, este entendido como uma dinâmica de ordens e processos, em que se exercem influências recíprocas permitindo que o raciocínio linear seja substituído por uma proposta de interação entre os mais diversos fenômenos que formam a categoria do pensamento.

Tal teoria permite o estabelecimento do paradigma de que o todo deixa de ser apenas a soma de diversas partes e é considerado maior que a soma de suas partes, enfim, encerra-se a ideia de interrelação linear, substituída pela ideia de causalidade circular; a relação causa-efeito é também substituída pela globalidade e interdependência. Assim, a lógica do sistema em que obrigatoriamente uma pessoa está certa e a outra está errada (sistema de ganha e perde estabelecido pelo sistema adjudicatório de imposição de uma decisão) é substituído pelo paradigma que propõe a participação de todos os responsáveis pelo conflito.

A Teoria Geral dos Sistemas desenvolvida pelo biólogo e cientista austríaco Ludwing Von Bertalanffy. Segundo Fiorelli (2008, p.79) Bertalanffy observou que em um sistema possui as seguintes características: o todo possui qualidades que nenhuma das partes

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221. Acesso em 19/07/2011. Tradução Livre. In: GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 127.

¹⁷⁵ CAPRA, Frijof. **A teia da vida**. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 20.

possui; as qualidades do todo refletem em cada uma das partes; o que acontece com o todo influencia cada uma das partes; o que acontece com cada uma das partes influencia o todo e todas as outras partes; cada uma das partes reflete o todo e todas as interações, de alguma forma¹⁷⁶. Essas características devem ser verificadas e investigadas, pois, entende-se que os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos são elementos do sistema de pacificação social.

Para a compreensão do sistema de pacificação social, faz-se necessário estabelecer a distinção entre os diversos métodos de pacificação social e os mecanismos de gestão de conflitos. Sobre este tema escreve Bacelar (2001, p.32): “Enquanto nos modelos adversariais e nos processos heterocompositivos (arbitragem e julgamento) há sempre vencedores e vencidos (ganha/perde), nos modelos consensuais e nos processos autocompositivos (negociação, mediação e conciliação) buscam-se soluções vencedoras (ganha/ganha).”¹⁷⁷

A classificação ou indicação do objeto de estudo deste ou daquele mecanismo de gestão de conflito vai depender da variável utilizada, ou seja, dependendo da opção do investigador será possível verificar a existência de diversos mecanismos de gestão de conflitos e diversas classificações e espécies.

Foley (2010, p.70), tendo como paradigma o ensinamento de Boaventura Souza Santos, considera a retórica, burocracia e coerção como elementos estruturantes do Direito, classifica os mecanismos de gestão de conflitos em: regulatórios, emancipatórios, estatais e não estatais. Os regulatórios são caracterizados pela presença da coerção e da burocracia; nos mecanismos emancipatórios prevalece o exercício da retórica. As variáveis estatais e não estatais estão relacionadas à presença ou não de um poder oficial. Nada impede a combinação desses mecanismos. Assim, para a autora, a arbitragem seria um método não estatal e regulatório; a mediação extrajudicial seria um método emancipatório não estatal; a conciliação judicial seria um método emancipatório estatal.¹⁷⁸

Na presente pesquisa utiliza-se a classificação que divide os meios de pacificação social em três espécies: autotutela, heterocomposição e autocomposição, tendo como parâmetro para fixação da solução a autonomia de vontade das partes, ou seja, na

¹⁷⁶ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79.

¹⁷⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Nacional – O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p 32.

¹⁷⁸ FOLEY, Gláucia **Falsarela. Justiça Comunitária: por uma justiça de emancipação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 70.

autocomposição a assistência para a gestão do conflito é direta ou indireta, e na heterocomposição, a gestão é imposta por um terceiro, árbitro ou juiz.

Salles (2011, p.272) considera que esta classificação tem o inconveniente de ser focada na atividade das partes em relação à solução do conflito, sem destacar o papel do terceiro, o autor prefere a classificação em: meios consensuais, adjudicatórios e mistos,¹⁷⁹ que também utiliza-se nesta pesquisa, conforme a necessidade terminológica e científica, entretanto, com a utilização da denominação método de realização, que integram, assim, como os mecanismos extrajudiciais de gestão adequada de conflitos, o sistema de pacificação social.

Castillo (1991, p.13) adota a mesma trilogia, com a substituição do termo heterotutela por processo, e do termo conflito por litígio, ou seja, para o pesquisador as soluções para um conflito podem se concretizar de três formas: autotutela, autocomposição e processo¹⁸⁰. O pesquisador mexicano utiliza o critério de classificação sob o ponto de vista do responsável pela solução e pelo método empregado.

Na autotutela o responsável pela solução do conflito é um dos envolvidos, valendo-se do método de imposição; na autocomposição encontram-se todos os envolvidos como responsáveis pela solução, com utilização do método do consenso; por fim, no processo ou na heterotutela, um terceiro imparcial é responsável pela resolução, entretanto, com a utilização do método de imposição.

No mesmo sentido, com substituição do termo processo por jurisdição é Calmon (2007, p.25): “Assim, procede-se a pequena adaptação na consagrada terminologia, para considerar que os tipos de solução de conflitos são a autotutela, a autocomposição e a tutela jurisdicional (ou simplesmente jurisdição).”¹⁸¹

Calmon (2007, p.27) assim escreve sobre o tema: “Em resumo, autotutela, autocomposição e tutela jurisdicional são meios de solução para conflitos”. O judiciário é o mecanismo de exercício da tutela jurisdicional, que utiliza o processo como método. A negociação, mediação e conciliação etc são meios de obtenção da autocomposição, que utilizam métodos de trabalhos apropriados.¹⁸²

¹⁷⁹ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 172.

¹⁸⁰ CASTILLO, Niceto Alcará Zamola y. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 3ª ed. 1991, p. 13.

¹⁸¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.25.

¹⁸² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.27.

2.3.1. Autotutela

A autotutela é um método de gestão de conflitos em que o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca¹⁸³. Grinover (2007, p13) afirma a utilização da força como elemento da autotutela explicando que nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda não existiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão¹⁸⁴. Esta forma de gestão de conflito não garante a justiça, mas a vitória do mais forte, do mais esperto ou do mais ousado.

Conforme ensina Rocha (2007, p.34), esta forma de resolução de conflito vai sendo excepcionada pelo fortalecimento do Estado, ou seja, pela necessidade de se outorgar a terceira pessoa a resolução do conflito, evitando-se os conflitos pessoais e prevalecendo a vontade da maioria, que é expressa pela lei.

O aumento das populações, mesmo nos grupos sociais primitivos, foi impondo, gradativamente, a necessidade de que esses conflitos inter-individuais, naturais da convivência social, passassem a ser regulados ou resolvidos por meio de atividade estranha aos próprios esforços pessoais dos litigantes. No momento, porém, em que surgem as necessidades de julgamentos externos às vontades das partes, vencidas as etapas da autotutela e da autocomposição, vê-se o simultâneo aparecimento de estruturas formais de poder, implicando, como é natural, a organização de mecanismos também formais para pô-las em funcionamento e, ao mesmo tempo, de estilos peculiares de conduta, inclusive de linguagem, para realizar o acesso.¹⁸⁵

Assumpção Neves (2010, p.5) assim define a autotutela: “forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora.”¹⁸⁶

Em regra, a autotutela não é permitida em nosso ordenamento, autorizando-se o Poder Judiciário, de forma ampla, intervir para evitar ou determinar o ressarcimento da

¹⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro**. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 663.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 13.

¹⁸⁵ ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

¹⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 5-6.

parte prejudicada com a utilização da força pela outra parte, ainda que este tenha agido de forma legítima e autorizada por Lei.

Destacando o aspecto da força é o ensinamento de Marinoni e Arenhart (2005, p.31): “através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada ‘justiça do mais forte sobre o mais fraco.’”¹⁸⁷

Calmon (2007, p.29) critica o instituto da autotutela afirmado que ele conduz ao descontrole social e à prevalência da violência: “É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência.”¹⁸⁸

Nos ordenamentos jurídicos modernos é regra a proibição do exercício da autotutela, sendo inclusive prevista como conduta criminosa, passível de sanção penal. O ordenamento jurídico brasileiro criminaliza o exercício da autotutela no art. 345, do Código Penal Brasileiro, que assim assevera: “Exercício arbitrário das próprias razões - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.”¹⁸⁹ A parte final do referido artigo indica que a lei pode permitir o exercício da autotutela, ou seja, admite-se a justiça com as próprias mãos para satisfazer pretensão legítima, entretanto, de forma excepcional.

No artigo 9º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se uma autorização constitucional para o exercício da autotutela: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”¹⁹⁰ Observe-se, que por se tratar de norma excepcional, a própria Constituição já prevê os limites de seu exercício, ou seja, somente em razão de necessidades coletivas e nos termos fixados em Lei.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

¹⁸⁸ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.29.

¹⁸⁹ BRASIL. Legislação. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. “Código Penal”. publicado no Diário Oficial da União em 31.12.1940 e retificado em 3.1.1941.

¹⁹⁰ BRASIL. Legislação. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

O Código Civil Brasileiro de 2002 é o estatuto jurídico brasileiro que mais possui hipóteses de permissão para utilização de autotutela como meio de gestão de conflito. O artigo 188 é um exemplo clássico de autotutela que permite e assegura até mesmo a destruição de bens para salvaguardar direitos.¹⁹¹ O art. 1.210, do CC/2002 que versa sobre os efeitos da posse permite inclusive a utilização da força física, desde que utilizada de forma moderada e imediatamente, enfim, um legítimo exemplo de autotutela, com todos os seus elementos de constituição.¹⁹²

Outro instituto de autotutela previsto no Código Civil Brasileiro é o penhor legal, referido no art. 1.467.¹⁹³ Tal instituto é considerado meio de autotutela somente no início de sua formação, pois ao final exige a homologação pelo Poder Judiciário, que não é elemento originário da autotutela.

Instituto jurídico que também autoriza o exercício da autotutela, previsto em diversos artigos do Código Civil de 2002 é o direito de retenção. Tal instituto está previsto nos seguintes artigos: art. 319 (adimplemento das obrigações); art. 527 (compra e venda com reserva de domínio); art. 571 e 578 (locação de coisas); art. 633 e 644 (depósito voluntário); art. 664 e 681 (mandato); art. 708 (contrato de comissão); art. 740, §3º e 742 (transporte de pessoas); art. 1.219 e 1.220 (retenção de benfeitorias); art. 1.423, 1.507, §2º e 1.509 (anticrese) etc.

¹⁹¹ “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”. BRASIL. Legislação. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Publicada no Diário Oficial da União em 11.01.2002.

¹⁹² “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. § 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”. BRASIL. Legislação. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Publicada no Diário Oficial da União em 11.01.2002.

¹⁹³ Art. 1.467 – “São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.” Art. 1.468: “A conta das dívidas enumeradas no inciso I do artigo antecedente será extraída conforme a tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, dos preços de hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor”. Art. 1.469: “Em cada um dos casos do art. 1.467, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida”. Art. 1.470: “Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem”. Art. 1.471: “Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial”. Art. 1.472: “Pode o locatário impedir a constituição do penhor mediante caução idônea”. BRASIL. Legislação. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Publicada no Diário Oficial da União em 11.01.2002.

Percebe-se, portanto, que apesar de sua excepcionalidade jurídica, o direito brasileiro não economiza nas hipóteses de autorização do exercício de autotutela, como meio de resolução de conflitos.

No âmbito penal o exercício da autotutela é previsto em institutos como: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Na esfera do Direito Administrativo a autotutela é prevista, segundo alguns doutrinadores, como princípio da Administração: nesse sentido é Gavião Pinto (2008, p.137):

Em decorrência do princípio da autotutela, a Administração Pública tem o poder de rever os seus próprios atos, seja para revogá-los, quando inconvenientes, ou seja, para anulá-los, quando ilegais. Esse poder conferido à Administração Pública propicia o controle de seus próprios atos, com a possibilidade da anulação dos atos ilegais e da revogação dos atos inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário. É indene de dúvidas que a possibilidade de revisão interna dos atos administrativos, que é realizada no âmbito da própria pessoa jurídica, não pode conduzir a abusos e conseqüentemente a desrespeito de direitos. Não há que se falar em revisão do ato administrativo, por conveniência e oportunidade, sempre que o ato produzir efeitos e gerar direitos a outrem. Da mesma forma, que não é admissível a revogação de ato vinculado, ou de ato cuja edição tenha sido imposta por lei, bem como, se já foi exaurida a competência do agente público. O princípio da autotutela também demonstra que a Administração Pública tem o dever de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, podendo, através de medidas de polícia administrativa, obstaculizar atos que ponham em risco a conservação desses mesmos bens, sem a necessidade de auxílio ou autorização do Poder Judiciário.¹⁹⁴

Para Medauar (2008, p.130) a autotutela no âmbito da Administração se manifesta na possibilidade de anulação do ato administrativo ilegal, pela própria Administração: “se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e inconveniência poderá revogá-los.”¹⁹⁵ Este entendimento é corroborado pelo Tribunais Superiores nas Súmulas nº 346 e 473, do STF. Súmula 346, do STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”¹⁹⁶. Súmula 473, do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos;

¹⁹⁴ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo**. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008, p. 137.

¹⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130.

¹⁹⁶ Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.

ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”¹⁹⁷

Ao falar sobre a diferença entre a democracia e a ditadura, como regimes políticos, Bobbio (1988, p.97) afirma a relação direta de transformação da força, em relações de direito, ou seja, o afastamento da autotutela e sua substituição por outras formas previstas em lei.

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima ‘Tem razão quem vence’ é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima ‘Vence quem tem razão’; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da ‘supremacia da lei’ (rule of law).¹⁹⁸

A autotutela, como forma de gestão de conflito, vem sendo excepcionada pelo fortalecimento do Estado e pela necessidade de se outorgar a uma terceira pessoa a gestão do conflito, evitando-se controvérsias pessoais, com a prevalência da vontade da maioria, esta expressada pela lei.

2.3.2. Heterocomposição

A heterocomposição é o meio de gestão de conflito em que as partes elegem um terceiro para solucionar o conflito, ou seja, um agente exterior à relação conflituosa, sem a intervenção das partes, faz a gestão do conflito, em regra com uma decisão impositiva que substitui a vontade das partes. As principais formas de heterocomposição são a jurisdição e a arbitragem.

¹⁹⁷ Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969. Fonte de Publicação: Diário da Justiça de 10/12/1969, p. 5929; Diário da Justiça de 11/12/1969, p. 5945; Diário da Justiça de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: Diário da Justiça de 11/6/1970, p. 2381; Diário da Justiça de 12/6/1970, p. 2405 e Diário da Justiça de 15/6/1970, p. 2437.

¹⁹⁸ Bobbio, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: UNB, 1988, p.97.

Favela (2003, p23), em abordagem diferente, considera a mediação e conciliação como formas de heterocomposição, em razão da presença de um terceiro imparcial, entretanto, o pesquisador reconhece que a função do conciliador e do mediador não é decidir, mas facilitar o consenso.¹⁹⁹

2.3.2.1 Jurisdição

O conceito e a investigação sobre este mecanismo heterocompositivo de gestão de conflitos não será objeto de aprofundamento nesta pesquisa, em razão de o estudo versar sobre os mecanismos extrajudiciais, ou seja, aqueles que se consolidam fora do âmbito da jurisdição, em especial, na esfera privada, ainda que com fiscalização ou orientação pelo Poder Judiciário.

Entretanto, faz-se necessária a investigação sobre o monopólio estatal quanto aos meios de distribuição de justiça, em especial sobre o a jurisdição, ou seja, é preciso definir se a jurisdição é monopólio do Estado ou se pode ser exercida por particular.

Com o surgimento das sociedades mais organizadas, em especial segundo o ente jurídico que após anos de evolução veio a denominar-se Estado, conhecido das civilizações modernas, as sociedades chegam à conclusão de que a gestão dos conflitos não pode mais ser deixada ao arbítrio das partes, em especial quanto à possibilidade de imposição da vontade do mais forte, que passa a causar danos para a convivência pacífica em sociedade, havendo a necessidade de intervenção de uma autoridade pública para por fim ao conflito, aplicando-se a Lei de maneira justa, com imparcialidade e com capacidade de impor sanções pelo descumprimento de sua decisão.

Neste momento, o Estado, que já inicia a regulamentação da atividade de administração da justiça sente a necessidade de estabelecer normas que ajudem, direcionem e limitem a atuação do julgador, surgindo assim, as primeiras premissas do que em momento posterior seria conhecido como direito processual.

A principal sociedade antiga que influencia o direito processual brasileiro e que servirá de objeto, ainda que em breve investigação sobre este tema, é a sociedade romana. Segundo Espanha (1997, p.77) o direito processual romano se desenvolveu em três fases: período primitivo, desde a fundação de Roma o direito baseava-se exclusivamente nas ações

¹⁹⁹ FAVELA, José Ovalle. **Teoria general Del proceso**. México: Oxford University Press. 5ª ed. 2003, p. 23.

previstas e tipificadas na Lei, especialmente na Lei das XII Tábuas; o segundo período denominado de período formulário, que é caracterizado pela presença de árbitros privados, porém com a sentença imposta pelo Estado, havia a intervenção de advogados, e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes; e o período da “cognitio extra ordinem”, que vigorou entre o ano 200 d.C e o ano 565 d.C e apresenta como características principais: a função jurisdicional pelo Estado desaparecendo os árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, admitindo também o recurso.²⁰⁰

Sobre este terceiro período, denominado fase da “cognitio extra ordinem” vigorou do governo do imperador Diocleciano, no ano 294 da Era Cristã até a codificação de Justiniano (528 – 534) conforme afirma Santos (1981, p.43):

o novo sistema resulta da atribuição pelo governo imperial das funções judiciárias a funcionários do Estado, aos quais incumbia, por solicitação dos interessados, presidir e dirigir o processo, desde a sua instauração, proferindo a sentença e dando-lhe execução. Resulta, portanto, da criação do juiz oficial, em substituição do juiz privado do procedimento formulário. O juiz passou a ser um magistrado, um funcionário do Estado, no exercício de uma função pública, qual a de compor as lides, assegurando a paz social.²⁰¹

Com a queda do Império Romano o processo ganha uma caráter rudimentar em virtude da valoração dos “juízos de Deus”, trazidos pelos povos bárbaros que acreditavam na participação da divindade nos julgamentos. No dizer de Jeremias Bentham citado por Theodoro Júnior (1989, p.10) o processo passa a ser: “autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria, e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos.”²⁰²

Durante a idade média, com a prevalência do direito canônico, a grande contribuição para a evolução do direito processual civil está relacionada à criação das universidades, em especial a universidade de Bolonha.

à insistente reação do direito romano e à extensão do campo de aplicação do direito canônico, de fundo justinianeu, a oporem obstáculos à prática exclusiva do processo romano-barbárico, se acrescentou, no século XI, um fato novo, de larga e profícua repercussão, decisivo na evolução do

²⁰⁰ HESPANHA, Antônio Manuel, **Panorama Histórico da cultura jurídica Européia**, Portugal: Publicações Europa-América, 1997, p.77 a 78.

²⁰¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 43.

²⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.10.

processo. Foi a criação das Universidades, a primeira das quais em Bolonha, no ano 1088.²⁰³

A doutrina afirma que o processo civil moderno tem origem em três vertentes: no direito germânico, no direito canônico e no direito romano. Segundo Theodoro Júnior (2007, p.15) acentuando a contribuição dos três sistemas de direito para o processo comum, afirma: “a prova e a sentença voltaram a inspirar-se no sistema romano, mas admitia-se a eficácia “erga omnes” da coisa julgada, por influência do direito germânico. De inspiração canônica foi a adoção do processo sumário, com que se procurava eliminar alguns formalismos”²⁰⁴.

De outro lado, ensinando que a jurisdição não é monopólio do Estado, ou seja, que os particulares também podem solucionar seus conflitos sem a intervenção estatal, mister trazer a lume o ensinamento de Martins (1999, p.23):

A garantia de acesso é o que se protege, não podendo o Legislativo ou o Executivo – destinatários da norma – vedar, compulsoriamente, por lei, o direito de qualquer pessoa acionar o Poder Judiciário para a tutela do seu direito. Contudo, não há empecilho legal de o cidadão, por espontânea vontade, optar por dirimir seus conflitos fora da arena judiciária. Não há no preceito constitucional, seja explícita ou implicitamente, nenhuma vedação que possa levar o intérprete a concluir pela impossibilidade de qualquer pessoa resolver suas controvérsias através de sujeição à justiça privada. Com efeito, se o dispositivo buscasse impor às partes o monopólio da justiça pelo Poder Judiciário, não seria viável a utilização do instituto da transação – autocomposição – para prevenir ou pôr fim a um litígio.²⁰⁵

Outros doutrinadores, como Didier Jr (2007, p.73), também afirmam que a jurisdição é monopólio do Estado, entretanto, entende que a arbitragem é atividade jurisdicional, diferenciada somente quanto ao elemento da confiança, não estando presente a jurisdição estatal, haja vista a possibilidade de escolha da pessoa que irá impor a sentença de forma coativa, ou seja, que irá solucionar o conflito.

Muito embora a jurisdição não seja função exclusiva aos órgãos do Poder Judiciário, pois indubitavelmente há órgãos do Poder Legislativo, como o Senado, que podem exercer funções jurisdicionais. Entende-se que a atividade jurisdicional é monopólio do Estado. Com a remodelação da

²⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 46.

²⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

²⁰⁵ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 23.

arbitragem do direito brasileiro, essa característica perdeu prestígio, tendo em vista que, atualmente, prevalece a concepção de que a arbitragem é atividade jurisdicional, com a diferenciação apenas quanto ao elemento confiança, que preside a arbitragem, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença lhes é imposta de forma coativa.²⁰⁶

Afirmando que a exagerada valorização da tutela jurisdicional em detrimento do que o autor denomina “justiça parajurisdicional” (mecanismos adequados e extrajudiciais de gestão de conflitos) é Dinamarco (2004, p.117) citando o entendimento de Chiovenda que afirma tratar-se de um desvio de perspectiva e que deve ser evitado.

a sólida herança cultural transmitida pela obra dos cientistas do direito, mais a prática diuturna dos problemas da Justiça institucionalizada e exercida pelo Estado com exclusividade mediante julgamentos e restrições sobre pessoas e bens, são responsáveis pelo grande zelo voltado à jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal. Mas a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui desvio de perspectiva a ser evitado.²⁰⁷

Salles (2006, p.784) ao escrever sobre a necessidade de assimilação pelo sistema jurídico dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos afirma que se deve considerar um novo conceito de jurisdição que deve recair sobre sua função de pacificação social, revista e caracterizada como atividade tendente a solucionar disputas, ou seja, o conceito de jurisdição deve contemplar os mecanismos alternativos de solução de conflitos, que denominamos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos.²⁰⁸

No mesmo sentido, ou seja, descrevendo a necessidade de ampliação do próprio objeto do processo civil para incluir os meios alternativos é Demarchi (2007, p.10): “Tendo em vista a instrumentalidade substancial e a necessidade de se agregar novos institutos à consecução dos escopos do processo, analisa-se a viabilidade de os meios

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V.I, 8ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007, p. 73.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol 1. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 117.

²⁰⁸ SALLES, Carlos Alberto de. **Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada**. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa (Org.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT. 2006, p. 784.

alternativos serem tratados não mais como meros equivalentes jurisdicionais, mas como ferramentas do próprio sistema processual para a consecução de seus escopos.”²⁰⁹

Lorencini (2009, p.603) defende a necessidade de entender o conceito de inafastabilidade da jurisdição com uma obrigação de o Estado prestar o serviço de justiça: “A forte presença do Estado na história brasileira sufocou as outras manifestações espontâneas de resolução de controvérsias. Uma forma de resgatar o encontro entre a adjudicação e os demais meios de solução de controvérsias é entender a inafastabilidade da jurisdição como obrigação de o Estado prestar o serviço de justiça, lançando mão, assim, não apenas da adjudicação, mas de outros meios de solução de controvérsias.”²¹⁰

2.3.2.2 Arbitragem

A arbitragem não é um instituto novo, pois, segundo Enei (2003, p.136), em especial ao lecionar sobre a arbitragem internacional, afirma-se que a arbitragem como meio de resolução de conflitos já foi encontrada em documentos nas cidades estados da Babilônia, cerca de 3.000 anos antes de Cristo²¹¹. Entretanto, a evolução legislativa e prática da arbitragem se consolida durante o império romano.²¹²

No Brasil, segundo Rossi (2003, p.186), a arbitragem foi prevista na Constituição Imperial de 1824, especificamente no art. art. 160: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes.”²¹³

Figueira Junior (1999, p.32) sobre a evolução legislativa da arbitragem assim leciona:

²⁰⁹ DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese (doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2007, p 10.

²¹⁰ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias**. In: SALLES, Carlos (Org.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*. Homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 603.

²¹¹ ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem nas sociedades anônimas**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, janeiro-março, 2003. p. 136.

²¹² FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25.

²¹³ ROSSI, Livia. **A arbitragem na lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, janeiro-março, 2003, p. 186-205.

A obrigatoriedade de instituição do juízo arbitral para as demandas que envolvessem seguro e locação ocorreu através das Leis de 1831 e 1837, ampliando-se com o advento do Código Comercial, em 1850, para abranger todas as controvérsias de natureza mercantil. Por sua vez, os processos pertinentes a essas causas passaram, a partir de 25.11.1850, a ser disciplinados pelo Regulamento 737 (art. 411 et seq.), que fazia distinção entre arbitragem voluntária e necessária.²¹⁴

A arbitragem, quando de sua instituição, não se tornou um meio efetivo de gestão de conflito, em especial pela necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário; tal exigência tornava o instituto da arbitragem burocrático e demorado, não o distanciando do processo judicial, que também não consegue concretizar o princípio da celeridade processual.

Este entendimento é corroborado por Carmona (2004, p22), que afirma a existência de dois grandes obstáculos criados pela legislação brasileira: o legislador ignorava totalmente a existência da cláusula compromissória, tanto que o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil nada trouxeram sobre o tema e também o fato de a legislação processual exigir a homologação judicial do laudo, seguindo a tradição do nosso direito.²¹⁵

Entretanto, em 1966 entra em vigor a Lei nº 9.307, que versa sobre o instituto da arbitragem e com a exclusão da homologação judicial da decisão do árbitro, tornando a sentença arbitral um título executivo judicial, ou seja, adotando a corrente que entende ser judicial a natureza jurídica do instituto da arbitragem.

Não se pode deixar de mencionar que alguns doutrinadores afirmam que mesmo havendo a adoção da natureza judicial pela Lei nº 9.307/96, o melhor é considerar o instituto de natureza mista, ou seja, judicial quanto aos efeitos da sentença arbitral, mas particular quanto à obrigatoriedade da instituição da arbitragem e na escolha do árbitro. Este é o entendimento de Vilela (2004, p.46):

Não se pode, assim, aquartelar a natureza jurídica da arbitragem reduzindo-a a um de seus traços caracterizadores, contratual na origem (formação) e jurisdicional na finalidade (resultado), devendo assim admitir-se sua natureza híbrida ou mista. Isto porque a contratualidade e a jurisdicionalidade deverão funcionar como verdadeiros pêndulos no estudo e na utilização do instituto, demandando ao jurista o conhecimento da teoria geral das obrigações e dos contratos e da teoria geral do

²¹⁴ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

²¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

processo para enfrentar as questões e afastar eventuais perplexidades da utilização da própria arbitragem.²¹⁶

Definir o conceito de determinado instituto é de suma importância para a sua compreensão, haja vista a possibilidade de detecção de seus fundamentos e principais características.

Figueira Júnior (1999, p123) define arbitragem da seguinte maneira:

Trata-se de um mecanismo reconhecido internacionalmente pelos povos cultos e internamente sistematizado por norma específica, que viabiliza a transformação de lides sociológicas em lides jurídicas, as quais serão levadas ao conhecimento e decisão de mérito de particulares investidos de autoridade decisória e poder jurisdicional, que lhes é outorgado pelas próprias partes envolvidas em determinados conflitos de interesses de natureza civil ou comercial.²¹⁷

Do conceito trazido pelo referido doutrinador é possível extrair que a arbitragem é um instrumento de gestão de conflitos cuja decisão definitiva é outorgada a um particular, sem a intervenção do Estado.

Vilela (2004, p.41) também leciona no mesmo sentido sobre o conceito de arbitragem: “é uma instituição pela qual, mediante a manifestação da vontade dos litigantes, o conflito é dirimido por um terceiro que não represente o Poder Judiciário estatal, sendo que tal decisão assume força jurisdicional.”²¹⁸

Cretella Júnior (1988, p137) apresenta um conceito mais amplo para a arbitragem: “sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.”²¹⁹

²¹⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 46.

²¹⁷ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 123.

²¹⁸ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 41.

²¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Da arbitragem e seu conceito categorial**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, nº 98, 1988, p. 137.

A Lei que institui a arbitragem no Brasil, Lei nº 9.307/96 não conceitua o instituto, deixando tal tarefa para a doutrina. Um dos conceitos mais completos sobre arbitragem é o trazido por Carmona (2004, p.51):

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.²²⁰

Afirmando a necessidade urgente de modificação do conceito tradicional de jurisdição para a concretização da arbitragem no Brasil como meio de solução de litígios, importante é a citação de Figueira Júnior (1999, p.110):

Faz-se mister a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos em direção a um único quadro de superação da crise jurídica e jurisdicional que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução de conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados. Para que obtenhamos êxito concreto com a nova lei, nossas mentalidades precisam se adaptar aos novos tempos e às exigências hodiernas, a começar pela revisão conceito de jurisdição.²²¹

A Lei nº 9.307/96 expressamente afirmou a natureza jurisdicional da arbitragem, em especial no artigo 18 da referida Lei que assim prescreve:

O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário²²². O artigo 31, da referida Lei também corrobora a natureza jurisdicional da arbitragem: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”²²³

²²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

²²¹ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110.

²²² BRASIL. Legislação. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. publicada no Diário Oficial da União em 24.9.1996; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 30.09.2012 às 19h10min (horário de Brasília/DF – Brasil).

²²³ BRASIL. Legislação. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. publicada no Diário Oficial da União em 24.9.1996; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 30.09.2012 às 19h15min (horário de Brasília/DF – Brasil).

Apesar de adotar um conceito mais amplo sobre arbitragem, o autor entende tratar-se de um negócio jurídico, ou seja, atribui à arbitragem a natureza contratual. Outro importante conceito, mais conciso é de Carmona (1990, p.12): “uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”²²⁴

Carmona (2004, p.234) também afirma a desnecessidade de discussão sobre a natureza jurisdicional da arbitragem haja vista o Código de Processo Civil ter qualificado a sentença arbitral como sendo um título executivo judicial:

A busca de solução para a questão de saber qual a natureza jurídica do ato homologatório perdeu o interesse prático no que se refere à arbitragem após o advento da nova lei. Porém, o debate que a doutrina – sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 – travou a respeito do tema, com amparo inclusive na lição de autores italianos de nomeada, serviu para alicerçar a conclusão de que a arbitragem tem mesmo cunho jurisdicional, tudo a amparar o sistema adotado pela Lei 9.307/96, que claramente arrola a sentença arbitral condenatória entre os títulos executivos judiciais (e não entre os extrajudiciais), como dá conta o art. 584, VI, do Estatuto de Processo.²²⁵

O mesmo autor também afirma que o poder de coerção é exclusividade do Poder Judiciário, ou seja, somente o Juiz pode impor a sua vontade contra a vontade das partes, enfim, o árbitro possui a capacidade de decidir, mas a imposição coercitiva da decisão é de atribuição exclusiva do Poder Judiciário por meio da execução promovida pelo Magistrado, a pedido da parte interessada.

(...) a arbitragem é um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, de tal sorte que a intervenção do Poder Judiciário ou não existirá ou então será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros (condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução e provimentos antecipatórios ou execução de sentença arbitral).²²⁶

²²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Departamento de Direito Processual, 1990, p. 12.

²²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 234.

²²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

Corroborando o entendimento sobre a natureza jurisdicional da arbitragem importante a lição de Strenger (1998, p17), segundo o qual: “A arbitragem é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.”²²⁷

A arbitragem vem se consolidando como importante mecanismo de gestão de conflitos, havendo manifestações de doutrinadores até sobre a existência de um devido processo arbitral, que seria a expressão constitucional do devido processo legal no âmbito da arbitragem. Este é o ensinamento de Dinamarco, trazido por Martins e Garcez (2002, p328):

Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando, enfim, se pensa no due process of law como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social.²²⁸

Basso (2003, p.207) afirma que a arbitragem se apresenta com uma possibilidade de resolução de conflitos com um custo menor:

A cada dia se reconhece mais a necessidade de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. A morosidade do Poder Judiciário na resolução de conflitos, a necessidade de especialização na abordagem de determinados temas ou, ainda, a possibilidade de resolução de litígios a um custo menor do que os meios jurisdicionais tradicionais encontram-se entre as razões que levam pessoas e empresas a buscarem meios alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem, a mediação e a conciliação.²²⁹

Castelar e Saddi (2005, p.9) afirmam que em alguns seguimentos empresariais as resoluções de conflitos pelo Poder Judiciário estão se tornando exceção, haja vista o alto custo, a morosidade, o excesso de formalidade e falta de efetividade nas decisões, que quando

²²⁷ STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998, p. 17.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional**. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (coord). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002, p. 328.

²²⁹ BASSO, Maristela. **Arbitragem em e-business e mecanismos on-line de solução de controvérsias**. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 0, julho-outubro 2003, p. 207-214.

proferidas, já não mais interessam aos litigantes, enfim o custo-benefício da arbitragem é muito superior à gestão de conflitos feita pelo Poder Judiciário.

O Poder Judiciário acabou se tornando uma alternativa ainda mais distante para a solução de conflitos. Emerge desse fato, como principal causa, o deslocamento da lei para a sociedade. Se, por um lado, é o contrato que define as regras entre as partes (a lei somente prevalece naquilo que conflitar com os contratos), no mundo atual dos negócios são os tribunais arbitrais que, potencialmente, substituem o Judiciário como arena para solução de conflitos. Ou seja, de modo geral, as empresas encaram o Poder Judiciário como alternativa pouco eficiente, dotada de uma relação custo-benefício desequilibrada, para ser acionada apenas em último caso. É morosa, extremamente ritualizada, imprevisível e cara. Sem contar que muitas vezes quem ganha não leva.²³⁰

Flaks (2003, p91) também reafirma a ineficácia do Poder Judiciário na gestão de conflitos enfatizando a notória morosidade da demanda judicial em contradição à celeridade e eficácia da arbitragem:

(...) lamentavelmente, é notória a morosidade da justiça brasileira e a pouca familiaridade da magistratura, salvo raras exceções, com questões societárias, especialmente as de maior complexidade. A possibilidade de se estabelecer uma cláusula arbitral no estatuto social das companhias é, justamente, uma tentativa de superar os entraves do processo judicial típico, já que, em comparação com este último, as decisões no processo arbitral, como está comprovado pela prática, são mais céleres e tecnicamente mais adequadas.²³¹

A arbitragem é um instituto que apresenta inúmeras vantagens em relação ao processo judicial. Martins (1999, p.23) faz a enumeração destas vantagens:

- a) Não há custo para o Erário Público e, tampouco, sobrecarrega o Poder Judiciário;
- b) o processo prestigia a oralidade, a informalidade, os procedimentos são mais flexíveis e atentos ao interesse único das partes;
- c) na justiça privada, os julgadores estão dedicados quase que “full timee” em caráter exclusivo à solução da controvérsia;
- d) os laudos, regra geral, são de excelente qualidade, dada a especialização do julgador;
- e) amplia o acesso à justiça; e
- f) consubstancia o povo na administração da justiça.²³²

²³⁰ SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 09;

²³¹ FLAKS, Luís Loria. **A arbitragem na reforma da lei das S/A**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 131, julho-setembro, 2003, p. 91;

²³² MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 23;

A arbitragem, por suas características, se manifesta como um eficaz meio de gestão de conflitos, pois desonera o Poder Judiciário, haja vista a diminuição de demandas e por não demandar nenhum custo para o Estado, em razão de ser custeado, em regra, exclusivamente pelas partes.

Os procedimentos na arbitragem são menos burocráticos e voltados exclusivamente para a gestão do conflito; os árbitros, por serem de escolha das partes, em regra são muito bem qualificados e conhecedores do ordenamento jurídico e do objeto do litígio, tornando a administração do conflito e a sentença arbitral muito mais eficaz que a sentença judicial.

Por fim, tendo em vista o princípio republicano, segundo o qual o povo é o único titular de todos os Poderes do Estado, a arbitragem é a manifestação direta do exercício deste Poder, é o próprio povo solucionando seus conflitos por meio de um procedimento célere, seguro e eficaz.

2.3.3 Autocomposição

Diferente da autotutela em que há sobreposição do interesse de uma das partes sobre o interesse da outra parte, na autocomposição uma das partes aceita a pretensão a que é submetida abrindo mão de parte ou de todo o seu direito em benefício da outra parte.

Carnelutti (2000, p.158) faz um paralelo entre a economia e a justiça na composição de litígios e conclui que, obedecendo a determinados limites, os equivalentes processuais produzem um resultado aceitável.

já que o processo custa tempo e dinheiro, tanto melhor se pode ser economizado sem deixar de obter o mesmo resultado. Pode ocorrer que o resultado não seja exatamente idêntico, o que por causa do ponto de vista da exatidão poderia induzir a preferir o conceito de sub-rogados ao de equivalentes do processo: a economia de tempo e dinheiro pode compensar-se com uma garantia menor da justiça da composição; isso concerne não só à autocomposição, como também à heterocomposição obtida, por exemplo, por meio do processo arbitral ou mediante o processo estrangeiro. No entanto, compensando-se o perigo em relação à justiça pelo menos com a

vantagem em relação à economia, o resultado é aceitável; nos limites em que o seja, reconhece-se o equivalente.²³³

A diferenciação entre os meios autocompositivos e heterocompositivos de gestão de conflitos é feita por Cahali (2012, p.37):

nas soluções autocompositivas, embora possa participar um terceiro como facilitador da comunicação (inclusive com proposta de solução, conforme o caso), o resultado depende exclusivamente da vontade das partes; a aceitação ou recusa à composição, está no arbítrio do interessado. Já nos métodos heterocompositivos, a solução do conflito é imposta por um terceiro, com poderes para tanto (magistrado, árbitro etc.), daí porque falar-se em solução adjudicada; as partes estarão submetidas à decisão proferida pelo terceiro, mesmo se contrária aos seus interesses.²³⁴

Para delimitar o objeto de estudo desta investigação utilizam-se as definições de Calmon (2007, p.13), que entende tratar-se de possíveis resultados da autocomposição: a renúncia, a submissão e a transação. Por não serem mencionados como mecanismos de gestão de conflitos utilizam-se apenas breves definições sobre esses resultados, sem aprofundamento na investigação.

Na renúncia, a parte que é detentora do direito abre mão de suas prerrogativas em benefício da outra parte; na submissão, mesmo que a parte pudesse intervir na resolução do conflito, mediante contestação ou qualquer argumentação em contrário, prefere se submeter aos interesses da outra parte, evitando-se assim o conflito judicial. Tais institutos, embora elencados como formas de gestão de conflitos, não possuem esta característica, pois não há resolução do conflito, haja vista a entrega do bem objeto da disputa por uma das partes, que prefere encerrar o litígio renunciado ao seu direito ou se submetendo à pretensão contrária.

Castroviejo (2014, p.139) leciona sobre a diferença entre conciliação, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia à pretensão, nos seguintes termos:

Porém, também é considerado acordo ou conciliação a composição em que uma das partes se submete à pretensão da outra. Denomina-se reconhecimento jurídico do pedido a situação em que o réu admite como verdadeiros os fatos alegados pelo autor e ainda concorda com a consequência do pedido formulado. Por outro lado, chama-se de renúncia à

²³³ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.158.

²³⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

pretensão a conduta do autor que dispõe do direito que sustentou ser detentor.²³⁵

O mesmo autor afirma que só se pode considerar como sendo transação, reconhecimento e renúncia os acordos celebrados em ações em andamento, em razão do pedido da parte autora; em não havendo ação em andamento e, conseqüente sem pedido judicial da parte, o acordo deve ser denominado negócio jurídico autocompositivo, acordo.²³⁶

Sobre transação, o atual Código Civil, Lei nº 10.406/2002, em seu art. 840, estabeleceu que é um contrato: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Nos artigos seguintes define-se como é possível a estipulação da transação: art. 842, do CC/2002: “A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.”²³⁷

Sobre o conceito de transação, Diniz (2003, p.313) assim leciona:

A transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. [...] A transação seria uma composição amigável entre os interessados sobre seus direitos, em que cada qual abre mão de parte de suas pretensões, fazendo cessar as discórdias.²³⁸

Transação é, portanto, “um acordo em que as partes fazem concessões mútuas, ou seja, cada uma delas cede parcialmente aos pedidos formulados.”²³⁹

Quanto ao objeto da transação e afirmando a impossibilidade de utilização do instituto nos negócios jurídicos que envolvam direitos indisponíveis, este é o ensinamento de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.224) que exemplificam a indisponibilidade com os seguintes direitos: relativos à capacidade das pessoas, os direitos puros de família, os direitos

²³⁵ CASTROVIEJO. Angel Tomas. **Finalização da Conciliação**. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 139.

²³⁶ ²³⁶ CASTROVIEJO. Angel Tomas. **Finalização da Conciliação**. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 139.

²³⁷ BRASIL. Legislação. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. publicada no Diário Oficial da União em 11.1.2002.

²³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2º volume: teoria geral das obrigações. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 313.

²³⁹ CASTROVIEJO. Angel Tomas. **Finalização da Conciliação**. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 138.

personalíssimos, pois esses direitos não estão dentro do comércio jurídico²⁴⁰. Para os autores, somente os direitos que estão no campo da disponibilidade podem ser objeto de transação.

2.3.3.1 Mediação

Conforme já afirmado na presente pesquisa, a investigação será aprofundada quanto a este mecanismo extrajudicial e adequado de gestão de conflito, pois, segundo Warat (2001, p.23) a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos: “uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças.”²⁴¹

O mesmo autor continua o seu ensinamento sobre a mediação no seguinte sentido:

A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor.²⁴²

Mediação pode ainda ser definida com sendo um mecanismo de comunicação ética fundado na responsabilidade e autonomia dos participantes, com a intervenção de um agente externo, imparcial, neutro e sem poderes de decisão, que propicia o estabelecimento ou reestabelecimento da relação social.²⁴³

²⁴⁰ “Dessa forma, os direitos indisponíveis, os relativos ao estado e à capacidade das pessoas, os direitos puros de família e os direitos personalíssimos não podem ser objeto de transação, pois esta é direcionada para direitos que estão dentro do comércio jurídico. Como critério básico para se verificar se determinados direitos podem ser objeto de transação, basta analisar se eles estão no campo da disponibilidade jurídica ou não”. FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil** – volume II – obrigações. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

²⁴¹ WARAT, Luís Alberto. **Ecologia, psicanálise e mediação**. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, in Marcelo Paes Menezes, A crise da Justiça e a mediação, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte jan./jun. 2001, p. 23.

²⁴² WARAT, Luís Alberto. **Ecologia, psicanálise e mediação**. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, in Marcelo Paes Menezes, A crise da Justiça e a mediação, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 33 (63): 23-31, jan./jun. 2001, p. 23.

²⁴³ AMARAL. Marcia Terezinha Gomes do. Citando Guillaume-Hofnung. 2007, p.71. In: **O direito de acesso a justiça e a mediação**. São Paulo: Lúmen Juris, 2009, p.91.

Para Neder (1997, p.10) mediação é “um processo formal, pelo qual um terceiro imparcial, o mediador, busca facilitar às partes que se opõem o confronto de seus pontos de vista, de modo a que possam compreender melhor as respectivas pretensões ou necessidades, possibilitando mudanças direcionadas à dissolução do conflito interpessoal.”²⁴⁴

Não se pode deixar de mencionar que o termo mediação é frequente utilizado, de forma inexata, como sinônimo de reconciliação, limitando a amplitude de sua atuação.

A utilização da mediação como meio de gestão de conflitos, segundo Nazareth (2000, p.23), tem sua origem na Grécia antiga, aproximadamente no ano 3000 a.C. “Os primeiros registros do uso da mediação remontam a 3000 a.C., na Grécia antiga. Anos mais tarde, o Direito romano também incorpora a mediação como alternativa.”²⁴⁵

Tartuce e Faleck (2014, p.175) ao escreverem sobre as origens da mediação afirmam: “embora diversos autores indiquem o início do uso da mediação na Bíblia, é viável cogitar que ela exista mesmo antes da história escrita, sobretudo em um contexto mais amplo em que um terceiro imparcial servia a diversas funções.”²⁴⁶

Na China e no Japão, em razão da cultura oriental de harmonia natural e gestão dos problemas pela moral e não pela coerção, a mediação desde os primórdios destas civilizações se apresenta como sendo o principal método de gestão de conflitos, ou seja, não é considerado um meio alternativo, mas sim o principal método.²⁴⁷

Os povos antigos utilizavam a mediação como meio de encontrar a harmonia interna e preservar a união necessária para enfrentar os ataques de outros povos, ou seja, está ligada à preservação da paz interna como instrumento de proteção da união da sociedade.²⁴⁸

No mesmo sentido, ou seja, valendo-se da mediação como esforço de sobrevivência foram os Estados Unidos da América durante a colonização, pois os grupos de colonos enfatizavam a necessidade de manutenção da paz interna como mecanismo de aproximação dos povoados e fortificação da comunidade de colonos em face da Coroa Britânica.²⁴⁹

²⁴⁴ NEDER, Mathilde. **A Mediação como forma de resolução de conflito**. Trabalho conjunto apresentado no XXVI Congresso Panamericano de Psicologia, São Paulo, 1997, p. 10.

²⁴⁵ NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o Conflito e a Solução**. São Paulo: Ed. Arte Paubrasil, 2000, p. 23-27.

²⁴⁶ TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 175.

²⁴⁷ KOVACH, Kimberlee K. **Mediation: Principles and Practice**. 3ª ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 28;

²⁴⁸ VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001, p. 88.

²⁴⁹ KOVACH, Kimberlee K. **Mediation: Principles and Practice**. 3ª ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 30;

A mediação envolve, portanto, um processo de tomada de decisões, que é adequado para a gestão de conflitos em que as partes agem movidas por distintas perspectivas, mas que possuem determinado grau de relação que deve ser preservado após a gestão do conflito.

A mediação é uma forma eficiente de gestão de conflitos que apresentam a necessidade de se preservar as relações entre as partes envolvidas. É uma técnica de gestão de conflitos que objetiva levar as partes envolvidas em determinada disputa a estabelecer um diálogo que lhes permita chegar a alguma equação e consenso sobre seus pontos divergentes, ou seja, propiciar um espaço psicorrelacional para a construção de uma nova realidade ou de uma nova forma de perceber a realidade, enfim transformar a relação de conflito, modificar o olhar sobre o fenômeno em discussão, permitindo uma convergência de opiniões para a realização de um ajuste possível.²⁵⁰

Cezar-Ferreira (2014, p.204) afirma que “mediação é forma adequada de resolução de conflitos nos quais a necessidade de estabelecimento de ajustes sobre pontos conflitivos seja fundamental à manutenção da relação futura dos envolvidos em termos de convivência minimamente equilibrada.”²⁵¹

Um conceito importante para se entender a mediação é a definição de empoderamento, que pode ser entendido como a conscientização dos próprios atos, ações, condutas e soluções, que induzem ao reconhecimento da posição da outra pessoa respeitando assim, suas posições e proposições.²⁵²

A mediação se caracteriza como meio de reduzir e superar a animosidade entre as pessoas envolvidas no conflito, enfim eliminar o rancor, o ódio e demais sentimentos de magos e ressentimentos que possam afetar o diálogo.

Lima (2014, p.154) compara o papel do mediador ao de um maestro, que deve conduzir a orquestra, sempre atento para que a harmonia e tom sejam mantidos durante todo o concerto.²⁵³

Adotando-se o conceito de mediação em seu aspecto mais amplo, no sentido da intervenção de um terceiro imparcial que auxilia as partes a encontrarem uma solução para

²⁵⁰ NEDER, Mathilde. **A Mediação como forma de resolução de conflito**. Trabalho conjunto apresentado no XXVI Congresso Panamericano de Psicologia, São Paulo, 1997, p. 1.

²⁵¹ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Mediação: notas introdutórias. Conceito e procedimento**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 204.

²⁵² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2012, p.41.

²⁵³ LIMA, Alessandro de Souza. **O papel do conciliador e sua relação com os envolvidos na processo de conciliação**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 154.

suas disputas, é possível afirmar que a Bíblia, e até mesmo antes da descoberta da escrita, os mais diversos povos da humanidade já utilizam o instituto da mediação para gerir suas disputas.

Para Groeninga (2011, p.65) o mais importante é estabelecer o conceito de mediação em seu aspecto interdisciplinar, ou seja, compreendendo a mediação como método em que um terceiro imparcial, devidamente qualificado, ajuda as partes a ampliarem a consciência sobre os fatores determinantes do conflito, seja estabelecendo ou reestabelecendo a comunicação para que se aproxime da elaboração de situações favoráveis de mudança.²⁵⁴ Na presente investigação, diverge-se da classificação da autora, pois se entende que a mediação é um mecanismo de gestão de conflitos a serviço do método autocompositivo de pacificação social, ou seja, é uma das espécies de mecanismos adequados de gestão de conflitos.

As principais formas de mediação são: colaborativa, transformativa e circular normativa.²⁵⁵

A mediação colaborativa tem como principal objeto o conflito, seu método tem por premissa afastar as pessoas do problema, focar nos interesses, não nas posições; sua principal finalidade é a criação de ganhos para ambas as partes com a utilização de critérios subjetivos. Esse método de mediação é aprimorado e desenvolvido pela Escola de Negociação de Harvard.²⁵⁶

Alguns pesquisadores entendem não ser apropriado vincular a escola de Harvard ao método colaborativo, transformador, facilitativo e avaliativo, pois tal escola se dedica ao estudo e aprofundamento de todos os métodos de mediação²⁵⁷. Entretanto, tal vinculação é possível, haja vista a preponderância dos estudos relacionados ao método de mediação negocial, que tem por enfoque o estudo do interesse e como fundamentos a negociação baseada em princípios, prevalecendo, portanto, o estudo do método colaborativo na escola de Harvard.

Uma das principais contribuições da Escola de Harvard é a identificação de que em todo conflito é possível encontrar três elementos básicos: 1) os interesses das partes; 2) os

²⁵⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. **A contribuição da mediação interdisciplinar – um novo paradigma para a conciliação.** Revista do TRT 2ª Região, 2011, p. 65.

²⁵⁵ ISOLDI, Ana Luiza. **A mediação privada como colaboradora da política pública de mediação.** In: AMORIM, José Roberto Neves; SILVEIRA, João José Custódio da (coord.). A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça.

²⁵⁶ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões.** 2ª Ed. Tradução Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

²⁵⁷ TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação.** In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 183.

padrões ou normas jurídicas que servem como guia; 3) a relação de poder que existe entre as partes.

Com fundamento nesses três elementos básico encontrados em qualquer conflito é possível direcionar a gestão da seguinte forma: 1) reconciliar os interesses das partes; 2) determinar quem está certo; 3) determinar quem tem mais poder. Assim, o problema principal da gestão do conflito não reside nas posições conflitantes, mas na disputa entre as necessidades, desejos, preocupações e medos das partes.²⁵⁸

O método da mediação transformativa tem como objeto as relações humanas, ou seja, busca a revalorização das pessoas, considera a importância do passado e seu reflexo no presente. Por esse método, fixa-se a ideia de que o conflito é uma oportunidade de crescimento, de modificação, de transformação dos sentimentos e das emoções daqueles envolvidos no conflito.

As premissas desse método de mediação estão fixadas na obra de Folger e Jones (1997, p.20): “The promise of mediation.”²⁵⁹ Entretanto, alguns pesquisadores afirmam que não há possibilidade de transformação das relações pessoais e que os mecanismos de gestão de conflitos podem, no máximo, ajudar na forma de se lidar com determinado conflito. “do ponto de vista psicanalítico, essa premissa é questionável, uma vez que transformar relações humanas é tarefa árdua, demorada, e que requer mecanismos profissionais e específicos para tal, como psicanalistas, por exemplo.”²⁶⁰

Esse método de mediação parte do entendimento de que o conflito é, antes de tudo, uma possibilidade de crescimento moral para as partes envolvidas, ou seja, a mediação não pode ter como foco a resolução da disputa, mas o fortalecimento da consciência das partes e o reconhecimento quanto à posição do outro, enfim, tem como meta modificar a relação anterior ao conflito, independentemente de sua resolução.

O terceiro método, da mediação circular narrativa, tem por objeto a relação e o acordo, seu principal objetivo é o acordo com ênfase na comunicação e interação entre as partes, é possível afirmar que este método tem influência de diversas outras teorias, pois parte da premissa da necessidade de desconstrução das narrativas das partes, objetivando a construção de uma nova narrativa, com ênfase na diminuição das diferenças e da legitimação

²⁵⁸ TARTUCE, Fernanda e FALECK, Diego. **Introdução Histórica e modelos de mediação**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 184.

²⁵⁹ FOLGER, Joseph P; JONES, Tricia S. **Nuevas direcciones em mediación: investigación y perspectivas comunicacionales**. Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 20.

²⁶⁰ NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o Conflito e a Solução**. São Paulo: Arte PauBrasil, 2000, p.32.

das partes e, em especial, na modificação dos significados dos discursos. Este método foi criado por Coob e desenvolvido por Suares (2005, p.23).²⁶¹

Coob agregou ao sistema tradicional de Harvard outras fundamentações teóricas como: a teoria geral de sistemas, cibernética de primeira e segunda ordem, terapia familiar sistêmica, teoria do observador, teorias da comunicação e outras. A autora entende que não há uma única causa para o conflito, ou seja, o conflito é alimentado de forma circular, que gera uma constante retroalimentação.

Esse método tem por principal objetivo desconstruir as narrativas iniciais da história do envolvidos no conflito para a construção de uma nova história, uma nova narração, ou a mesma história com uma nova versão, uma nova trajetória narrativa, uma nova visão da narrativa que deu origem ao conflito.²⁶²

Ao mencionar sobre a mediação enquanto meio adequado de gestão de conflitos, Cahali (2011, p.37) ensina que esta forma de gestão de conflitos deve ser utilizada para conflitos que contém um marcante elemento subjetivo, com ocorre nas relações familiares e na dissolução de empresas, ou outras relações continuadas como a de vizinhança, contratos de franquia e outros.²⁶³

Indicando os casos em que a utilização da mediação é adequada para a gestão de conflitos entre sociedades empresariais é Cezar-Ferreira (2014, p.205):

Ela pode ser empregada em conflitos que atinjam sociedades empresariais, nas quais os sócios tenham alguma divergência a dirimir, mas desejo de manter a relação societária. Pode, também, ser aplicada nos conflitos entre escolares, para os quais a continuidade da relação saudável é bem-vinda sob pena de os jovens terem seu cotidiano dificultado, ou até tornado insuportável, como nos casos de 'bullying'.²⁶⁴

É possível afirmar que o método de Harvard, mediação colaborativa, é adequado para gestão de conflitos empresariais, haja vista a o enfoque no interesse ao invés da posição; o método transformativo é adequado para a gestão de conflitos em que há grande envolvimento relacional,²⁶⁵ como ocorre nos conflitos decorrentes do direito de família.

²⁶¹ SUARES, Marinés. **Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas**. 1ª Ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005, p.23.

²⁶² VASCONCELOS. Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 84.

²⁶³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.37.

²⁶⁴ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Mediação: notas introdutórias. Conceito e procedimento**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 205.

²⁶⁵ SUARES, Marinés. **Mediación: Conduccion de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2008, p. 62.

Não se pode deixar de destacar o papel duplo da mediação no que tange à gestão dos conflitos e à própria escolha da forma de gestão, ou seja, em razão de sua maior flexibilidade no procedimento a mediação pode ser utilizada como método de gestão de conflitos e também como instrumento de escolha pelas partes sobre qual será o método de gestão do conflito, que determina o seu caráter dúplice e ao mesmo tempo circular. Neste sentido é Gabbay (2013, p.256): “Assim, um processo menos invasivo e custoso como a mediação poderia tanto resolver o conflito quanto anteceder e informar a escolha por outro processo adequado.”²⁶⁶

2.3.3.2 Conciliação

No mesmo sentido da mediação, a conciliação é objeto de aprofundamento na investigação dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, por ser mencionada por quase todos os pesquisadores que investigam o tema.

O termo conciliação tem origem no latim “conciliatio”, “conciliare”, que significa: atrair, harmonizar, ajuntar. “o ato pelo qual duas ou mais pessoas, desavindas a respeito de certo negócio, ponham fim à divergência amigavelmente.”²⁶⁷

De Plácido e Silva (2000, p.332) afirma ainda que a conciliação possui pontos diferenciais como a reconciliação, haja vista esta ocorrer sempre na via judicial, enquanto aquela, a conciliação, tem possibilidade de se concretizar perante o judiciário ou fora dele, no âmbito extrajudicial²⁶⁸, que é o objeto desta pesquisa.

Em sentido oposto é Calmon (2007, p.135) entendendo conciliação como “atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a chegarem a um acordo, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador.”²⁶⁹ O referido autor prefere utilizar o vocábulo somente para a atividade desenvolvida perante o juiz ou pessoa que faça parte da estrutura judiciária destinada à solução de conflitos pela autocomposição²⁷⁰.

²⁶⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 256.

²⁶⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 332.

²⁶⁸ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 332.

²⁶⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.132.

²⁷⁰ Petrônio Calmon: “(...) Conciliação é uma atividade que, se não exercida diretamente pelos juízes, é por eles controlada, organizada, fiscalizada, ou, no mínimo, orientada”. CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.135.

Grinover (1990, p.206) sem ingressar no mérito da discussão sobre a natureza judicial ou extrajudicial da conciliação afirma a importância deste tema para as questões de “deformalização” e “delegabilidade” dos litígios: “colocam-se, assim, como importantes questões, ligadas à conciliação, a de sua natureza judicial ou extrajudicial, de seu caráter público ou privado, de sua utilização facultativa ou obrigatória, tudo no mais vasto quadro da tendência à deformalização e à delegalização dos litígios.”²⁷¹

Delgado (2002, p.665) define a conciliação judicial trabalhista como sendo: “ato judicial, por meio do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial.”²⁷²

Apesar de a definição referir-se à conciliação no direito do trabalho, mister destacar que não há nenhuma incompatibilidade com a conciliação judicial realizada fora do âmbito trabalhista, ou seja, a conciliação pode ser considerada como o ato judicial, segundo o qual as partes sob a influência de uma autoridade judicial efetuam transação, ou seja, concessões recíprocas para por fim a determinado litígio. Importante destacar que o autor entende que a conciliação é um ato apenas judicial, aproximando-se do conceito estabelecido por Calmon.

Para distinguir os institutos da conciliação, mediação e transação, importante o ensinamento de Warat (2001, p.80): “A conciliação e a transação podem, em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes. A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignorando-o, e, portanto, não o transformam como faz a mediação. O conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa e uma mercadoria.”²⁷³

Bacelar (2011, p.32) cita alguns exemplos em que a conciliação deve ser considerada o meio mais adequado de gestão de conflitos: “A conciliação é um dos prismas do processo civil brasileiro é a opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como uma indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter outro relacionamento.”²⁷⁴

²⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrine. Conciliação e juizados de pequenas causas. In: Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 206.

²⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro**. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002. São Paulo, p. 665.

²⁷³ WARAT, Luiz Alberto. **O ofício de mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 80.

²⁷⁴ BACELAR, Roberto Portugal. **Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos, Estruturação da Política Judiciária Nacional – CNJ**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 32.

Sobre a relação entre os alicerces da coesão social e afirmando o enfraquecimento do direito enquanto sistema de solução de conflitos é a crítica de Mesquita (2005, p.62):

A preferência estatal pela conciliação constitui um fator de enfraquecimento do direito, enquanto método para a solução dos conflitos intersubjetivos, porque abala a confiança no império da lei. Torna desconfiados os homens simples e mais confiados os aventureiros. Para cada processo a que põe fim, estimula o nascimento de outros tantos. Abala os alicerces da coesão social²⁷⁵.

Nesse sentido, destaca-se, portanto, que a conciliação estimula o espírito de ponderação de todas as partes envolvidas, desligando-os de seus problemas pessoais, despindo-os de suas ideologias, em especial quanto ao modo de pensar, e valorizando a pacificação social com a isenção dos pontos de vista ideológicos.

2.4 Obstáculos e Vantagens dos Mecanismos Extrajudiciais

A necessidade de se buscar outras formas de gestão de conflitos, em especial, fora do âmbito do Poder Judiciário não é fruto somente dos Estados Modernos, Andrighi (1962, p.77) na China do século VII, o imperador Hang Hsi no exercício das suas funções expediu o seguinte decreto:

Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto se apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos tribunais. O que ocorreria se os homens concebesssem a falsa idéia de que teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil. O que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade da população.²⁷⁶

²⁷⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame**. São Paulo: RT. 2005, v. 1, p. 62;

²⁷⁶ ANDRIGHI, Nancy. **Formas Alternativas de Soluções de Conflitos**. Cf. Legal Institutions in Manchú China, Van der Sprenkel, 1962, p. 77.

Apesar da total falta de proporcionalidade e na radicalidade do decreto imperial chinês mencionado por Andrighi, importante mencionar que fica a lição de que a preocupação com a não multiplicação de demandas perante o Poder Judiciário é uma preocupação milenar, em especial, sobre a impossibilidade de os juízes decidirem sobre todas as demandas a que forem submetidos, como disse o imperador chinês, com a multiplicação sem limites de demandas nem se o Poder Judiciário fosse formado pela metade da população não haveria julgadores suficientes para decidir sobre todos os litígios.

Assim, faz-se necessário apresentar os principais elementos que impedem a concretização dos mecanismos extrajudiciais como instrumentos de pacificação social, bem como indicar as vantagens e benefícios para que se superem estes obstáculos.

2.4.1. Obstáculos

Os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos não podem ser estudados e investigados como uma solução para o problema da crise do acesso à justiça ou do judiciário, não é possível aceitar que estes mecanismos sejam um contraponto, somente uma alternativa à prestação jurisdicional, uma fórmula de solução à morosidade da justiça. É necessário investigar esses institutos a partir de suas bases construtivas, de seus valores e predicados para aferir se são úteis e adequados para gerir os diversos conflitos que se apresentam na convivência social, não apenas na afirmação negativa de que não são procedimentos formais, adversariais e judiciais.

Watanabe (2001, p.45) revela preocupação sobre esta possibilidade de os métodos extrajudiciais de gestão de conflitos serem utilizados com o enfoque de aliviar a carga de serviço e de processo que tramitam perante o judiciário, o autor fala especificamente da mediação: “Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o Judiciário está submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando aos juizados especiais.”²⁷⁷

Os meios extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos não devem ser estudados somente como um meio de solução para a morosidade da justiça ou como forma de

²⁷⁷ WATANABE, Kazuo. **Modalidades de Mediação**. Séria Cadernos do CEJ, n.22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001, p. 45.

redução do volume de processos acumulados no Poder Judiciário, mas como mais um método adequado de se tratar os conflitos de interesses. Assim, a redução de processos não pode ser um fim do estudo dos mecanismos adequados de gestão de conflitos, mas uma consequência de sua efetividade.²⁷⁸

Os meios adequados de gestão de conflitos devem ser entendidos com sendo objetos de construção de um canal de comunicação, baseados em princípios e regras que geram, de forma gradual e contínua, o entendimento entre as pessoas a consequente pacificação social.

Afirmando a existência de diversos fatores que dificultam a utilização dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos é Tosta (2014, p.271):

O conflito é inerente à condição humana e ele é o principal material de trabalho com que lidam os profissionais do Direito. Apesar disso, e salvo raríssimas exceções, as Faculdades e Cursos de Direito não contemplam uma única disciplina destinada a estudar o conflito. Tornamo-nos advogados, promotores, delegados, juízes, sem que tenhamos aprendido a lidar de forma adequada com o conflito. Advogados recebem seus clientes e logo passam a estudar a ação judicial adequada a ser proposta contra a parte contrária; promotores instauram inquéritos civis logo antevendo a conduta legal adequada a ser imposta ao causador do dano difuso ou coletivo ou, ainda, recebem inquéritos policiais e oferecem denúncias para que a pena prevista em lei seja aplicada ao infrator ou autor do fato; delegados instauram inquéritos policiais para colher indícios de provas e autoria e materialidade da infração para que o promotor possa oferecer a denúncia contra o infrator; juízes presidem e processam ações, proferindo decisões e sentenças para aplicar a lei ao caso concreto. Ninguém, porém, tem o olhar voltado para a origem do conflito e a forma adequada de tratá-lo, o que nem sempre é a propositura de uma ação, o oferecimento de uma denúncia, a instauração de um inquérito policial ou a prolação de uma sentença.²⁷⁹

No mesmo sentido, entretanto, com ênfase na relutância dos profissionais em aceitar os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflito, em especial pela crença de que o método do processo judicial é o melhor mecanismo para solucionar litígios é Muniz (2008, p.339): “Apesar das mudanças nas profissões que resultaram num interesse cada vez maior no uso dos meio alternativos de solução de conflitos (ADR’s) no mundo, há,

²⁷⁸ WATANABE, Kazuo. **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias**. In: SILVEIRA, João José Custódio da e AMORIM, José Roberto Neves. *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013, p. 227.

²⁷⁹ TOSTA, Jorge. **A arbitragem no Brasil – Noções Gerais**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 271.

ainda, entre os operadores de direito no Brasil certa relutância em aceitá-los, em especial a mediação.²⁸⁰

Grande parte deste temor é estabelecido em razão do dogma ou crença de que somente o processo judicial com suas “garantias” pode solucionar os litígios, sendo que este pensamento proporciona um certo desconforto e insegurança na utilização dos mecanismos extrajudiciais, mas que podem ser os únicos adequados à gestão do conflito.

Outro fator que dificulta a implantação e criação de uma cultura da pacificação social e substituição da cultura da sentença é a inexistência de norma federal que unifique os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos. No Brasil, não há uma lei geral sobre mediação e conciliação, mas tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei, em especial o Projeto de Lei nº 94/2002, que estabelece alguns princípios para nortear a mediação como: neutralidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade.

Todos esses princípios foram previstos na Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que se valendo de sua autorização constitucional de regulamentação, unificou os procedimentos no âmbito dos mecanismos extrajudiciais e judiciais de gestão adequada de conflitos com a criação de uma Política Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses.

Watanabe (2005, p.685) afirma que um dos obstáculos para a concretização dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos é a formação acadêmica dos operadores do direito, que ainda é voltada fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos, tendo como principal instrumento o processo judicial. Este modelo é ensinado nas universidades e também é o mesmo modelo de comportamento profissional exigido no mercado de trabalho.

Este conjunto de fatores faz nascer a “cultura da sentença”, que tem como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de processos; para o autor há necessidade de esta “cultura da sentença” ser substituída pela “cultura da pacificação”, que representaria um primeiro passo para se garantir o êxito da institucionalização dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos.²⁸¹

²⁸⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. **O Advogado no Processo de Mediação**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – Mediação, Arbitragem e Conciliação*, vol 7, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 339-340.

²⁸¹ WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: YARCHELL, Zanoide (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 685.

Uma preocupação que não pode ser afastada desta investigação é a possibilidade de os mecanismos extrajudiciais serem considerados uma espécie de justiça de segundo grau, uma sub-justiça, ou seja, uma justiça que irá gerir somente casos menos importantes, tornando o judiciário o único que pode gerir casos importantes e complexos.

Essa preocupação já é retratada pelos pesquisadores ao estudarem o juizado especial, quando criam as denominações: magistratura de massa e magistratura artesanal, no sentido de distinção entre dois tipos de processo, aqueles que exigem uma identificação passo a passo, ponto por ponto, conforme sua especificidade e angústias singulares e os processos repetitivos de situações semelhantes.²⁸²

Para se evitar tal distinção, que é perigosa para o Estado Democrático, é necessário que as modificações na implantação e concretização dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos tenham um grande foco e preocupação com a filtragem dos conflitos, é necessário um estudo e investigação sobre os filtros, que podem ser tanto de contenção como de redirecionamento, dos casos aos mecanismos adequados, sejam eles consensuais ou adjudicatórios de gestão do conflito.

Com a consolidação dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos inaugura-se a fase amistosa e autocompositiva da justiça brasileira, com menos interesse em dizer o direito ou dar razão a uma das partes ou determinar que têm mais poder, mais interessada em resolver o conflito ou a relação anterior ao conflito, sempre em tempo razoável, oferecendo-se além do produto sentença, que muito raramente pacifica o conflito, estabelecendo um enfoque no acesso à ordem jurídica justa e não apenas de acesso ao processo.²⁸³

Dinamarco (2010, p.391) se manifesta no sentido de que é uma tendência moderna o abandono do culto exagerado da jurisdição que não permitiu aos processualistas aperfeiçoar outros mecanismos de concessão da tutela às pessoas envolvidas em conflitos.²⁸⁴

²⁸² BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.10;

²⁸³ SILVEIRA, João José Custódio da. **A mediação judicial. Vinculação ao Poder Judiciário? O gerenciamento do processo e os centros de resolução de disputas. A cultura de paz. Política pública e a necessidade de mudança de mentalidade. Código de ética do mediador**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 200;

²⁸³ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. **O moderno conceito de acesso à Justiça**. Revista Forense, vol. 376, p. 98;

²⁸⁴ “Constitui tendência moderna o abandono do fetichismo da jurisdição, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os meios alternativos para a solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a conciliação e a arbitragem e, em tempos mais recentes, a mediação. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à atuação da vontade concreta da lei – isto é, não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola

Cappelletti (1994, p.89) chama atenção para a necessidade de instituição de padrões mínimos de garantias na condução dos meios extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, para se evitar o risco de que esta gestão proporcione uma justiça de segunda classe²⁸⁵.

Entretanto, alguns pesquisadores são totalmente contra a instituição dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos. Entre esses pesquisadores merece destaque Owen Fiss, norte-americano que escreve sobre os limites dos meios alternativos de resolução de conflitos, especialmente em seu artigo científico: “contra o acordo”.

Para Owen (2004, p.123) a função do judiciário não é solucionar disputas, mas dar um significado adequado aos valores públicos e reorganizar instituições a partir do desempenho de sua função²⁸⁶. Nas palavras do pesquisador antemencionado: “Assim como a transação penal, o acordo é uma rendição às condições da sociedade da massa e não deveria ser encorajado ou valorizado”²⁸⁷.

Outros fatores negativos apresentados por Owen e explicados por Gabbay (2013, p.272) é o desequilíbrio de poder, disparidade de recursos e ainda o risco de ausência de consentimento legítimo das partes:

O desequilíbrio de poder e disparidade de recursos entre as partes podem influenciar o acordo de várias formas: a parte pobre pode ter menos possibilidades de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio pelo Judiciário, e a falta de recursos pode influenciar na qualidade de apresentação de sua pretensão; pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo que ciente de que esses valor é inferior ao que conseguiria no Judiciário; e, ainda, a parte com menos recursos necessários ao financiamento do processo judicial (honorários

legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado. Mas, tanto quanto esta, têm o escopo pacificador que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado moderno. Por isso é que, ao se falar do direito substancial como portador dos critérios para a tutela jurisdicional e ao examinar as técnicas processuais capazes de efetivá-las em casos concretos, é preciso sempre ressaltar esses meios alternativos. Não importa se são fiéis ao direito substancial, em cada caso: o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça. Afinal, tudo que interessa ao processualista moderno é o esclarecimento e agilização dos meios de acesso à ordem jurídica justa, mediante um sistema em que figure como estrela de primeira grandeza a preocupação pelos resultados. DINAMARCO. **Fundamento do processo civil moderno**. V.1. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 391.

²⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, nº 74, abr-jun. 1994, p. 89.

²⁸⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 270.

²⁸⁷ OWEN, Fiss. **Contra o Acordo**. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. De tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 123.

advocatícios, custos, etc.). Isso tudo sem a figura do juiz para diminuir o impacto das desigualdades distributivas²⁸⁸.

Outro aspecto a ser abordado nesta investigação é a necessidade de obediência ao devido processo legal, na instituição dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos. Os pesquisadores denominam esta aplicação de “devido processo legal mínimo”, por versar sobre o mínimo de garantias para se evitar injustiças no processo de utilização dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos. Tal previsão é expressa na Lei de arbitragem, em especial no seu artigo 21, §2º: “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”²⁸⁹

Gabbay (2013, p.31) afirma tratar-se de garantias mínimas substanciais: “há uma relação entre as partes a ser regulada por garantias mínimas referentes à imparcialidade do terceiro, à voluntariedade das partes e à igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo, representada pelo contraditório.”²⁹⁰

Segundo o ensinamento de Hoyos (1991, p.55): “o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais, justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.”²⁹¹

O referido princípio é assim definido por Cintra, Grinover e Dinamarco (1998, p.56): “o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.”²⁹²

²⁸⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 272.

²⁸⁹ BRASIL, Legislação. Lei nº 9.307/96, publicada no Diário Oficial da União em 24.09.1996;

²⁹⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 31;

²⁹¹ HOYOS, Arturo. Apud WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Processo, São Paulo, ano 16, nº 63, 1991, p. 55;

²⁹² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 56;

Costa (2005, p.19) ao escrever sobre o devido processo legal, afirma que a lei deve se pautar, em três valores: julgamento imparcial; pleno exercício de ação de defesa e procedimento regular para obtenção da justiça:

1º um julgamento imparcial que a própria Constituição já se ocupa de buscar ao instituir os princípios do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da motivação dos atos judiciais (art. 93, IX) e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI);

2º o pleno exercício da ação e da defesa que a Lei Maior busca assegurar o prever os princípios do acesso à justiça ou inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e a garantia da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV);

3º um procedimento regular, ou propício à realização da justiça, que a Carta de 1988 reconhece da igualdade (art. 5º, caput), da publicidade (art. 5º, LX) e da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI). Por fim, registre-se que, com base no texto do inc.LIV, ainda é possível ao intérprete vislumbrar na cláusula do “devido processo legal” a garantia do processo justo, adequado, vale dizer, daquele cujas regras são racionais e razoáveis; a norma processual desprovida de racionalidade ou razoabilidade e, por isso, inconstitucional. Além disso, o devido processo é aquele cuja construção obedece aos estritos ditames do processo legislativo constitucional. Eis dois aspectos jurídico-interpretativos do substantive due process of law americano sustentáveis entre nós.²⁹³

Lucon (1999, p.42) afirma que se trata de verdadeira cláusula genérica que protege todos os demais direito e garantias processuais.

a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5o, § 2o, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²⁹⁴

Grinover (1973, p.26) assim leciona sobre a origem do devido processo legal, com base no “law of the land”, do direito norte americano:

As colônias da América do Norte retomam inicialmente o conceito de law of the land, no sentido que lhe haviam dado COKE e BLACKSTONE; posteriormente, a expressão due process of law, da tradição do direito inglês,

²⁹³ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5ªed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 19;

²⁹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: *Garantias Constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos tribunais, 1999, p. 42;

passaria para a Constituição, não só como garantia de legalidade, mas ainda como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado²⁹⁵.

Sobre a importância e relevância do devido processo legal é autoexplicativo o ensinamento de Nery Junior (2002, p.32): “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.”²⁹⁶

No mesmo sentido, entretanto, com ênfase na evolução do devido processo legal, que em um primeiro momento foi pensado apenas para o âmbito do processo penal, se expandiu para o processo civil e se tornou um verdadeiro postulado normativo, que orienta todo ordenamento jurídico, é a lição de Castro (2005, p.412): “Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública.”²⁹⁷

Sobre a abrangência do princípio do devido processo legal mister destacar o ensinamento de Castro (2005, p.142):

Por sua abrangência e indeterminação conceitual, que justamente lhe concede riqueza na manipulação e ilimitadas possibilidades na concreção das normas jurídicas enfeixadas num sistema hierárquico de valores, a garantia do *due process of law* torna-se o derradeiro termômetro da validade dos atos estatais ou, como sugere Mott, the simplest and most far-reaching of constitutional phrases.²⁹⁸

Bueno (2008, p.104) ao tratar do devido processo legal argumenta que:

Se o princípio do ‘acesso à justiça’ representa, fundamentalmente, a ideia de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de ‘ameaças ou lesões a direito’, o princípio do ‘devido processo legal’ volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar.²⁹⁹

²⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973, p. 26;

²⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: RT, 2002, p. 32;

²⁹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 412.

²⁹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 142.

²⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, 1. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p.104.

Assim, entende-se que o princípio do devido processo legal além de servir como orientador das demais normas processuais é um postulado normativo, que irradia os demais ramos do direito, determinando a validade de todos os processuais e extrajudiciais.

Importante estudo sobre esta aplicação do devido processo legal aos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos foi elaborado por Richard Reuben, que defende a ideia de uma teoria unitária para os meios “alternativos de solução de conflitos” e para o processo judicial orbitando em torno da Constituição.

Segundo o referido autor, esta teoria unitária supera a divisão bipolar de meios judiciais (que se submetem a esfera pública), representado pelo processo civil judicial e meios alternativos de solução de conflitos (que se submetem à esfera privada), o autor reconhece que os “meios alternativos de solução de conflitos” são influenciados pela ação do Estado e, em razão disto, se submetem ao devido processo legal mínimo, ou seja, o autor defende uma teoria de publicização dos meios extrajudiciais de gestão de conflitos, que o próprio pesquisador denomina de teoria unitária de uma justiça civil pública.³⁰⁰

Reuben (2000, p.942) compara a teoria unitária da justiça civil pública ao sistema solar: o poder coercitivo do Estado é considerado o sol; a força constitucional é o elemento gravitacional. Assim, quanto mais o processo de resolução de conflitos se afasta do campo gravitacional (poder coercitivo do Estado) menor será o nível de incidência do elemento gravitacional (força da Constituição). Nos meios alternativos de solução de conflitos, a força constitucional deve ser mínima, haja vista a sua maior distância do poder coercitivo do Estado.³⁰¹

Barbosa Moreira (2001, p17) de forma totalmente oposta ao que afirma Reuben diz que: “falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa.”³⁰² Para o processualista brasileiro sempre deve prevalecer a publicização em face da privatização dos processo e da justiça estatal.

Sobre a necessidade aperfeiçoar o sistema de justiça é necessário estudar a concepção estrutural do conflito denominada “triângulo de satisfação”, trazida à comunidade científica por Lederach (1992, p.136); esta triangulação é assim denominada porque para o autor, o critério de distribuição de justiça deve contemplar três dimensões e satisfazer as expectativas, os interesses e necessidades das partes envolvidas no conflito, enfim, o autor

³⁰⁰ REUBEN, Richard. **Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice**. UCLA L. Vol. 47, p. 952.

³⁰¹ REUBEN, Richard. **Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice**. UCLA L. Vol. 47, p. 954.

³⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Privatização do Processo?** In: Temas de Direito Processual Civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

traz como elementos básicos de um processo de resolução de conflitos: 1) as pessoas; 2) o processo e 3) o problema.³⁰³ Assim, somente atenderia ao critério de justiça se esta triangulação fosse atendida.

2.4.2 Benefícios

Para Câmara (2002, p.6) a utilização dos métodos extrajudiciais de gestão de conflitos é interessante para todas as partes envolvidas no conflito:

a utilização dos meios alternativos de composição de conflitos é interessante não só para as partes envolvidas no conflito, que podem ter a resolução do mesmo ditada por um especialista na matéria que goze de sua confiança (o árbitro), através de um procedimento célere e sigiloso, ou que podem alcançar elas mesmas a solução do conflito, com a ajuda de alguém com treinamento específico para auxiliar os interessados a obter uma composição que agrade a todos (o mediador); mas também é interessante para o Estado, que terá um número de conflitos para solucionar tanto menor quanto maior seja o número de conflitos submetidos aos meios alternativos de solução.³⁰⁴

Afirmando a importância da integração entre os meios judiciais e extrajudiciais de gestão de conflitos é Dinamarco (2001, p.121): “A crescente valorização e emprego dos meios não-jurisdicionais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a idéia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição.”³⁰⁵

No sentido da impossibilidade de o processo concentrar a adequação entre o litígio social e o real permitindo que as partes vejam suas dúvidas e ansiedades plenamente solucionadas é o ensinamento de Pereira Júnior (2014, p.26):

Ora, o processo, por si só, não é apto a gerar por si só tais resultados. Como instrumento técnico somente organiza os passos procedimentais dentro de uma lógica formal, sem maior atenção às necessidades e anseios do usuário do Poder Judiciário, que se vê envolvido em jogo que não pode controlar. A alternativa foi reconhecer, neste âmbito, a necessidade de se permitir ao poder público atuação fora do processo, por meio da criação de novas vias

³⁰³ LEDERACH, Jonh Paul. Enredos, **pleitos y problemas: Uma guia prática para ajudar a resolver conflictos**. Guatemala: Ediciones Clara-Semilla. 1992, p. 136.

³⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**, In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 06.

³⁰⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, Malheiros Editores, 2001, p. 121.

de solução de conflitos das partes sem a necessidade de invocação da jurisdição tradicional, ou paralela a ela.³⁰⁶

O referido autor ainda ressalta a participação das partes como construtores principais da gestão dos conflitos, ou seja, recoloca o cidadão na condição de principal elemento no processo de pacificação social permitido que o foco esteja relacionado com a solução do problema apresentado e com as vias adequadas desta solução, não se preocupando com o excesso de aspectos formais de exposição, argumentações e demonstração de fatos.³⁰⁷

No mesmo sentido é a afirmação de Mendes (2014, p.87): “E, evidentemente, na forma impositiva inexistirá a possibilidade de se resolver verdadeiramente o problema que aflige aquelas pessoas, as empresas envolvidas, as famílias em conflito, os menores vulneráveis, os envolvidos em situações criminais, pois é a força de lei que impõe decisão conclusiva.”³⁰⁸

Os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos se apresentam como instrumentos de efetividade da justiça, conforme o ensinamento de Dias e Groeninga (2011, p.62):

“a verdadeira justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um mediacional de resolução de conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.”³⁰⁹

A gestão de conflitos com a utilização de mecanismos extrajudiciais e adequados revela-se um instrumento de construção do consenso, com a possibilidade de permitir às pessoas manter-se em desacordo, ou seja, mesmo discordando uma das outras, com os mecanismos autocompositivos, sem a imposição de uma decisão, é possível manter-se em desacordo e conviver com uma maneira diferente de pensar, enfim, é possível propor

³⁰⁶ JUNIOR, Ricardo Pereira. **Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 26.

³⁰⁷ JUNIOR, Ricardo Pereira. **Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 27.

³⁰⁸ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Mediação e conciliação. Histórico dos métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países. Das técnicas de conciliação e mediação, suas nuances, pontos de convergentes e aspectos práticos**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 87.

³⁰⁹ DIAS, Maria Berenice e GROENINGA, Gisselle. **A mediação no confronto entre direitos e deveres**. *Revista do Advogado*, nº 62, março de 2011.

ajustes aos conflitos sem eliminar a opinião da outra pessoa, contribuindo assim, com a pacificação social, verdadeiro objetivo da existência da sociedade e do Estado.

Os mecanismos autocompositivos de gestão de conflitos ampliam o capital social, este entendido como potencial de melhoria da qualidade de vida no interior de uma sociedade em razão da maior participação do indivíduo na sociedade, gerando mais solidariedade e companheirismo.³¹⁰

Não se pode deixar de mencionar a sobre a relação entre os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos e a comunicação, esta entendida como sendo a base das relações. Neste sentido a mediação deve ser considerada um instrumento de viabilização do diálogo, um facilitador das narrativas e das conversações.

Galanter (1989, p.11) afirma que “os mecanismos alternativos de solução de controvérsias não são informalismos, mas sim formalismos de forma breve (short form formalism), não são desprofissionalização, mas sim um mudança na atuação dos profissionais”³¹¹.

No mesmo sentido é Demarchi (2007, p.34) ao afirmar que os meios extrajudiciais de gestão de conflitos devem ser analisados a partir de uma perspectiva mais ampla, não só pelas vantagens e benefícios que podem agregar ao processo judicial, mas também por todas as vantagens que lhe são inerentes, de modo que possam ser consideradas técnicas voltadas à pacificação social que irão complementar o processo, ou seja, não são meras alternativas à jurisdição ou à cultura da sentença.³¹²

Outro aspecto positivo reservado aos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos é o que Sales (2011, p.18) denomina “instrumentalidade metodológica”, que consiste na forma como se deve construir o conhecimento no direito processual. O autor afirma a necessidade de modificação no plano epistemológico; ao invés de partir da norma

³¹⁰ A denominação “Capital Social” é atribuída a L. J. Hanifan, supervisor estadual das escolas rurais do Estado de West Virginia em 1916. “as substâncias tangíveis [que são] mais importantes para a maioria das pessoas no seu dia a dia — boa vontade, companheirismo, solidariedade e relações sociais entre as pessoas e as famílias que constituem uma unidade social. O indivíduo é socialmente desamparado quando está sozinho. Ao entrar em contato com seus vizinhos, e estes com outros vizinhos, haverá uma acumulação de capital social que poderá atender de imediato as suas necessidades sociais e criar um potencial social suficiente para que ocorra uma melhoria considerável das condições de vida no interior de toda a comunidade. A comunidade como um todo se beneficiará com a colaboração de todos os seus integrantes, enquanto que o indivíduo se beneficiará, graças às suas associações, das vantagens da colaboração, da solidariedade e do companheirismo de seus vizinhos” (apud Putnam, Robert D. **Bowling alone: The collapse and revival of American community**. New York: Simon and Shuster, 2000).

³¹¹ GALANTER, MARC. **Compared to what? Assessing the quality of Dispute Processing**. *Denver University Law Review*. v. 66, 1989, p. 11 a 14.

³¹² DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese (doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2007, p 34.

processual para a solução de um caso concreto, deve-se partir de um campo específico da realidade jurídica e social e após feita a verificação dos condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta ao problema ou ao conflito, que pode ser judicial ou extrajudicial.

O referido autor afirma ainda que cabe ao processualista mais que a simples aplicação de normas procedimentais, deve ter a capacidade de construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender as necessidades de situações de grande especificidade.³¹³

Importante aspecto que deve ser destacado na utilização dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos é a possibilidade de gestão da litigiosidade contida ou reprimida, esta entendida como os conflitos que não são administrados, pelos diversos obstáculos que impedem ou dificultam o acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa. Com a utilização dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos é possível dar visibilidade a esta parcela dos conflitos antes ofuscada pela demanda judicial.

Cappelletti (1992, p.318) afirma que enquanto membros de várias comunidades, econômicas, culturais, sociais etc, somos constringidos a passar nessas comunidades a maior parte de nossa vida, ou seja, nosso tempo de vida é quase que inteiramente preenchido com a presença em comunidade como: escolas, fábricas, repartições públicas, bairros, etc. Não é possível, ou pelo menos, sem importar um grande custo psicológico, o isolamento ou a fuga destas comunidades.

Outro aspecto investigado nesta pesquisa é a confiança da sociedade nos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos, que se extrai do relatório do Índice de Confiança na Justiça – ICJBrasil, do ano de 2014. A pesquisa revela que a maior parte da população confia na resolução dos conflitos por uma terceira pessoa, que não seja o juiz:

Na tentativa de avaliar a percepção da população quanto à busca por soluções alternativas de resolução de conflitos, perguntamos a todos os entrevistados se, caso enfrentassem algum tipo de conflito que necessitasse ser resolvido na Justiça, eles aceitariam tentar um acordo reconhecido pelo Judiciário, mas decidido por outra pessoa que não um juiz. No período analisado, a maioria dos entrevistados respondeu positivamente, visto que 40% dos entrevistados afirmaram que aceitariam com certeza procurar meios alternativos de solução de conflitos, enquanto 30% afirmaram que possivelmente o fariam. Ou seja, 70% dos entrevistados mostraram-se favoráveis aos meios alternativos de resolução de conflitos. Entre os entrevistados que se mostraram mais dispostos a realizar acordos extrajudiciais, aparecem em maior quantidade os respondentes mais jovens,

³¹³ SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 18;

os que já utilizaram o Judiciário, com maior renda, maior grau de escolaridade.³¹⁴

O principal aspecto a ser ressaltado na gestão de conflitos por mecanismos extrajudiciais é o fortalecimento das relações continuadas, que são cada vez mais frequentes e que assumem grande importância na vida dos seres humanos³¹⁵. Os mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos atuam na preservação, fortalecimento e ampliação dessas relações continuadas.

³¹⁴RelatórioICJBrasil. 2º TRIMESTRE / 2013 – 1º TRIMESTRE / 2014 : ANO 05. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1>. Acesso em 18.10.2014 às 08h48min.

³¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas**, Revista Forense, n. 318, 1992, p. 123;

CAPITULO 3 – AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

3.1. Conceito

As Serventias Extrajudiciais são também conhecidas com a denominação Cartórios Extrajudiciais, para fins de diferenciação dos Cartórios Judiciais, esses últimos, que desenvolvem a atividade perante o Poder Judiciário. Para De Plácido e Silva (2000, p.155) cartório é o local em que se desenvolve toda atividade notarial e registral, bem como a escritania judicial:

Cartório, na terminologia forense, tem significação de determinar, genericamente, toda espécie de ofício ou escritania judicial, assim se compreendendo os tabelionatos, os registros e demais ofícios de serventia pública. É, pois, sentido que se vem generalizando, e toda repartição de escritão judicial ou de notário público, se distingue, também, por esta designação, embora, tecnicamente, se costume dar a cada espécie a denominação que lhe é própria: escritania para a repartição ou estabelecimento do escritão, tabelionato, para o notário ou tabelião, reservando-se mais propriamente o cartório para os ofícios de registro público.³¹⁶

Não há consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre a adoção da denominação cartório ou serventia para designar a atividade notarial e registral. Até mesmo a legislação brasileira utiliza as duas denominações para referir-se ao mesmo instituto, ou seja, às vezes utiliza o termo Cartório e às vezes vale-se do termo Serventias Extrajudiciais.

A Lei nº 8.078/90, (Código de Defesa do Consumidor) em seu art. 107, § 1º utiliza a expressão Cartório ao referir-se ao instituto: “A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no **cartório**³¹⁷ de títulos e documentos.”³¹⁸ No mesmo sentido, adotando-se a terminologia cartório é a Lei nº Lei nº 8.245/91 em seus art. 33 e 38, § 1º, conforme transcritos a seguir, respectivamente: “O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis

³¹⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 155.

³¹⁷ Original, sem grifo.

³¹⁸ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em 12.9.1990 - (Edição extra) e retificado no Diário Oficial da União de 10.1.2007.

meses, a contar do registro do ato no **cartório**³¹⁹ de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel” e “A caução em bens móveis deverá ser registrada em **cartório**³²⁰ de títulos e documentos; a em bens imóveis deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula.”³²¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preferiu distinguir as duas denominações referindo-se a Cartórios para as escriturarias judiciais e Serventias para as atividades notariais e registrais. Observem-se os artigos da Constituição Federal que versam sobre o tema: “art. 93, II, “e”, da CF/88 - não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao **cartório**³²² sem o devido despacho ou decisão;” e “ art. 236 – “art. 236. Os **serviços**³²³ notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.”³²⁴

A legislação específica que versa sobre a atividade notarial e registral, Lei nº 8.935/94 também preferiu a denominação Serventias, ao referir-se a atividade notarial e registral. “art.1º. Serviços notariais e de registro são os de organização técnica, e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”³²⁵

Assim, por previsão na Constituição Federal e na norma específica, esta pesquisa científica adotará a denominação Serventias Extrajudiciais, para fazer referência ao local onde se desenvolvem as atividades notariais e registrais.

Em razão do objeto da presente investigação, aprofundaremos o estudo sobre os notários brasileiros, aqueles que exercem a atividade notarial nas serventias extrajudiciais.

3.1. Evolução Histórica

A atividade notarial é uma das mais antigas da humanidade, pois desde que houve a necessidade de lavratura de um documento por um terceiro, seja em virtude do não

³¹⁹ Original, sem grifo.

³²⁰ Original, sem grifo.

³²¹ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.** Publicada no Diário Oficial da União em 21.10.1991.

³²² Original, sem grifo.

³²³ Original, sem grifo.

³²⁴ BRASIL. Legislação. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 de outubro de 1988.

³²⁵ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).** Publicada no Diário Oficial da União em 21 de novembro de 1994.

conhecimento da escrita e da leitura, seja para formalização da vontade das partes, com ou sem fé-pública, surge a figura do notário.

Em diversas civilizações já se percebe a presença de alguma pessoa que exerce a função notarial. Este entendimento é objeto das lições de Pugliese (1989, p.24):

Sente-se que, desde as mais priscas eras, a sociedade já sentia a necessidade para fixar e perpetuar os seus convênios e dessa necessidade foram surgindo os encarregados de redigir os contratos, ainda que com diversidade de denominações e com limitação no exercício de suas funções.³²⁶

O estudo sobre o direito notarial se confunde com o estudo da evolução histórica das civilizações. As primeiras civilizações nascem na Mesopotâmia, “há um lugar no mundo em que quase tudo que consideramos civilizado nasceu: o Crescente Fértil, onde hoje está o Iraque, uma parte do Irã e seus vizinhos.”³²⁷ A maior invenção dos povos da Mesopotâmia, que possibilitou a evolução das civilizações, foi o método de passar para uma superfície símbolos que expressam ideias, o que chamamos hoje de escrita. Com a invenção da escrita surge a possibilidade de se eternizar o conhecimento, possibilitando a evolução das civilizações.

É possível afirmar que a atividade notarial não é um instituto que surge dos bancos acadêmicos ou de discussões doutrinárias, mas surge da necessidade das sociedades primitivas, que não possuíam muito conhecimento da escrita e necessitavam confiar em uma terceira pessoa para a lavratura de seus negócios e atos jurídicos, seja para facilitar a prova do negócio ou do ato, seja para perpetuar o referido ato no tempo. Este entendimento é ensinado por Brandelli (2007, p.4).

A atividade notarial é pré-jurídica, egressa das necessidades sociais. No mundo prisco, massivamente iletrado, sentiu-se primeiramente a necessidade de que houvesse algum ente, confiável, que pudesse redigir, tomar a termo, os negócios entabulados pelas partes. Surge assim o protótipo do notário, como mero redator dos negócios entabulados pelas partes, com o intuito de perpetuá-los no tempo, facilitando a prova.³²⁸

Sobre esta necessidade de garantir a possibilidade de comprovação de fatos relevantes para as relações jurídicas mister o ensinamento de Lopes (2011, p.11):

³²⁶ PUGLIESE, Roberto J. **Direito Notarial Brasileiro**. São Paulo: LEUD, 1989. p. 24.

³²⁷ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.11.

³²⁸ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

A preocupação de garantir aos cidadãos a possibilidade de provar a ocorrência de factos relevantes para as relações jurídicas, particularmente no domínio da propriedade imobiliária, está presente (...) nas civilizações em que se registram as primeiras formulações do direito: parece ter cabido à Mesopotâmia a primazia de se dar conta desta necessidade, fazendo registrar em pedras a ocorrência de transacções imobiliárias, pedras que marcavam os limites das propriedades e eram chamadas kudurru, expressão que significava precisamente limites.³²⁹

Não há consenso sobre o antecedente mais remoto dos notários atuais, entretanto o doutrinador mexicano García Amor (2000, P.17) afirma que o escriba egípcio é o mais remoto antecedente do notário atual, com a diferença de que os atos que praticava deviam ser sancionados por uma autoridade religiosa ou por algum funcionário do governo.

Em conclusión, el escriba egípcio es efectivamente el antecedente más remoto y antiguo Del notário, que, a diferencia del actual, fungia um poco más como redactor y controlador de los productos del campo, pero que además cuando actuaba, desde el punto de vista jurídico, todos sus documentos y actas tenían que ser sancionados, firmados y sellados por una autoridad religiosa o por algún funcionario del gobierno.³³⁰

Outros doutrinadores como Pimentel (2008, P.57) aduzem que o surgimento dos notários e registradores se dá antes mesmo da mesopotâmia, ou seja, antes até do Código de Hamurabi:

(...) na Mesopotâmia há indícios de procedimentos voltados para a publicidade registral, bem como antes do Código de Hamurabi (c. 1700 a.C). Há informações acerca de contratos de transmissão imobiliária lavrados por escribas (notários) em tabuletas de argila, entregues aos compradores em um recipiente contendo a inscrição da tampa; muitas vezes, cópias dessas tabuletas eram guardadas por autoridades públicas (registros públicos).³³¹

Podemos afirmar, portanto, que é possível a existência da atividade notarial e registral neste período histórico, haja vista já ter sido desenvolvida a escrita e a atividade comercial, necessitando, portanto, de um terceiro para redigir os atos negociais, para garantir a integridade e perpetuidade da manifestação.

Almeida Júnior (1963, P.14) ensina que a civilização egípcia já adotava diversos institutos da atividade notarial atual como a escritura, o cadastro, a imposição do

³²⁹ LOPES, J. de Seabra. **Direito dos Registos e do Notariado**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2011, p.11.

³³⁰ GARCÍA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc. **História del Derecho Notarial**. Trillas: México, 2000, p. 17.

³³¹ PIMENTEL, Fabricio Andrade Ferreira Girardin et al. **Registro de títulos e documentos**. In: GONÇALVES, Vania Mara Nascimento; GOMES NETTO, André (Coord.). Aspectos históricos e pontos contemporâneos relevantes: Direito notarial e registral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.57.

recolhimento de imposto de transmissão e aspectos da atividade registral como o arquivo e conservação dos documentos que comprovam o negócio jurídico.

(...) na praxe egípcia, pois, se encontram a escritura, o cadastro, o registro e o impôsto de transmissão ou siza, em sua origem histórica. Encontram-se ainda o arquivo ou cartório, porque não bastava que os contratos fôssem registrados; a lei exigia ainda que fôssem transcritos no cartório do tribunal ou juízo e que fôssem depositados no cartório do conservador dos contratos: era o uso de todos os países onde penetrava a civilização helênica.³³²

O mesmo autor ao lecionar sobre as origens históricas do direito notarial, também nos remete aos escribas, citando inclusive diversos trechos bíblicos em que há referência aos escribas:

Desde 600 anos a. C., o encargo de receber e selar os atos e contratos, que deviam ser munidos do sêlo público, competia a uma espécie de notários chamados escribas. Êstes, na maior parte das convenções, faziam simples notas ou abreviaturas, cada uma das quais significava uma palavra, e eram escritas com tôda a celeridade, como se depreende do versículo segundo do Salmo, XLIV: *Lingua mea calamus scribae, velociter scribentis*. Eram revestidos de caráter sacerdotal, tanto os escribas ou doutôres da lei, que transcreviam e interpretavam a Sagrada Escritura, como os escribas do povo, que ocorriam às necessidades quotidianas dos cidadãos, redigindo memórias, cartas e semelhantes documentos.³³³

Em sentido contrário, afirmando que a atividade notarial é anterior, inclusive à invenção da escrita, leciona Martins (1979, p.360):

Bem cedo, por força da lei das necessidades crescentes, o relacionamento social se tornou mais exigente, sobretudo no que se referia aos assuntos de troca ou de mercado, esboço de economia fechada. E foi preciso disciplinar esse relacionamento em ascensão através de interpostas pessoas, na hipótese, pela confiança que inspiravam, os sacerdotes (...) como ainda não existia a escrita, os negócios eram igualmente memorizados pelo sacerdote memorista, cuja integridade se fazia, assim, a única garantia do cumprimento das relações negociais. O memorista foi, portanto, o primeiro indivíduo a exercer, embora rudimentarmente, a função notarial.³³⁴

Segundo a doutrina, uma das primeiras codificações a estabelecer a atividade notarial como sendo obrigatória e estabelecendo alguns elementos que evoluíram até os dias

³³² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Orgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963, p.14;

³³³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Orgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 5;

³³⁴ MARTINS, Cláudio. **Teoria e Prática dos Atos Notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.360.

atuais, ou seja, uma das primeiras leis a positivarem a atividade notarial foi a codificação de Justiniano, em especial a Constituição XLV, Novela XLIV:

O Imperador Justiniano, Augusto, por decreto a João, segunda vez Prefeito do Pretório, Ex-cônsul e Patrício, o texto em sua íntegra: Pois, nós cremos ser conveniente auxiliar a todos, fazer uma lei comum para todos os casos, a fim de que aos mesmos que estão à frente do trabalho dos notários, se lhes imponha de todos os modos que formalizem por si o documento, e que estejam presentes até o seu término, (...).

§1º – Para proibir todas estas coisas lavramos a presente lei,(...) entendendo-se que se contra estas determinações tiverem feito alguma coisa, perderão, em absoluto, as praças, e aquele que por eles é designado para lavar o documento e nele intervier será o dono da praça com própria autoridade, (...)

§2º – Mas se por acaso for indigno de receber autoridade na praça aquele a quem contra o que por nós tiver sido disposto na presente lei lhe é encomendado um documento, perca-se a autoridade certamente de todo modo por esta causa o notário, e seja constituído outro em seu lugar;(...)

§3º - E não finjam os notários ocasiões para se irem, acaso por doença, ou por ocupações de tal natureza; porque se tal acontecer, ser-lhes-á lícito chamar aos que contratam, (...)

§4º – Mas para que não pareça que esta lei seja sumamente dura para eles,(...). Pois lhes damos licença, a cada um deles, para que, com motivo acaso de tais dúvidas sujas, nomeiem alguém para isso, (...) para estar presente ao serem finalizados, e sem que absolutamente qualquer outro que exista naquela praça tenha licença para que lhe seja encomendado o começo,(...) Porque sabemos que por medo à lei guardarão também eles no sucessivo o que por nós foi decretado, e farão com cautela os documentos.³³⁵

Sobre o direito notarial na codificação de Justiniano mister trazer o ensinamento de Martins (2012):

As principais disposições da legislação Justiniana, no âmbito notarial, consistiram na instituição do protocolo; na valorização do pacto pela intervenção do notário; na obrigação quanto ao local em que o Tabelião e seus auxiliares deveriam permanecer à disposição dos clientes; na disciplina rigorosa a que aquele e estes ficavam submetidos no exercício da profissão, inclusive quanto a substituições e na obrigação de redigir uma minuta do ato, perante testemunhas, dela extraindo cópia imediata.³³⁶

J. Follmer também leciona sobre a atividade notarial regulamentada no “Corpus Iuris Civilis” de Justiniano, afirmando que o Tabelio, é o que mais se assemelha com o atual notário, em especial com o notário latino, adotado pela maioria dos Estados, inclusive

³³⁵ CORRAL, Idelfonso L. Garcia; TOST, Francisco, em tradução do latim para o espanhol e versão para o português, De tabellionibus et ut protocolla dimittant in chartis do Manuscriptum Florentium, Séc. VI.

³³⁶ MARTINS, Cláudio. apud SANDER, Tatiane. **A Atividade Notarial e sua Regulamentação**. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=683>>. Acesso em: 06.06.2012, às 23h18min.

no Brasil, em que a atividade é exercida em caráter privado, por delegação do Poder Público.³³⁷

O cristianismo e sua expansão foram de suma importância para a evolução do direito notarial e registral, conforme afirma Almeida Júnior (1963, p.53), que ensina a existência dos “notarii regionarii”, que além de redigir documentos possuíam atribuições de anunciar procissões e preces; leciona também sobre os “scriniarii”, que eram os notários do tesouro e os “pronotários apostólicos”, que podiam inclusive receber um parte dos valores pagos dos tributos da negociação, ou seja, é primeiro indício de surgimento dos emolumentos, enfim, a atividade notarial como sendo remunerada pelas próprias partes.

(...) na ordem eclesiástica, desde os primeiros tempos da Era Cristã, achamos alguns oficiais que traziam o nome de – notarii. Eram êstes os notarii regionarii, notários regionais, instituídos pelo Papa S. Clemente, no ano 98, os quais eram distribuídos pelas sete regiões eclesiásticas, e tinham o encargo de receber os atos dos mártires, de anunciar ao povo as procissões, as preces, etc.; os notários do tesouro da Igreja, chamados também scriniarii, e os protonotários apostólicos, instituídos pelo Papa Júlio I na primeira metade do século IV. Êstes últimos se chamavam – participantes, e gozavam de algum privilégio, como por exemplo, do direito a uma parte das taxas pagas à chancelaria romana pela expedição dos atos e ad instar participantium, se êste título era concedido por mera honorificência.³³⁸

Afirma-se que em Roma, durante todo o império romano, é possível encontrar pessoas que exerciam uma função muito próxima dos notários do tipo latino, ou seja, eram pessoas que em caráter privado redigiam documentos e auxiliavam as partes na elaboração de negócios jurídicos, aconselhando-as com imparcialidade, haja vista o conhecimento jurídico que lhes era inerente, assim, para Pondé (1967, p.35) o “tabelión” é o verdadeiro e autentico antecessor dos notários do tipo latino.

La especial condición de actuar em lós negócios privados, de tener una intercepción netamente particular, completada por su aptitud redactora; El conocimiento del derecho que lês permitia actuar a manera de asesor jurídico, y La posibilidad de que procurara La eficaz conservación de lós documentos, hacen que sea el tabelión, quien com más legítimos derechos se pudiera considerar el auténtico antecesor Del notário.³³⁹

Aliende Ribeiro (2009, p14) mencionando os ensinamentos de Almeida Junior, afirma que em Roma havia: os “notarii”, “argentarii”, “tabularii” e os “tabelliones”. Os

³³⁷ FOLLMER, J. A **Atividade Notarial e Registral Como Delegação do Poder Público**. Bahia: Norton. 2004. p.31.

³³⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Orgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 53;

³³⁹ PONDÉ, Eduardo Bautista. **Origen e Historia Del Notariado**. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1967, p. 35;

“notarii” exerciam tarefa muito parecida com a exercida pelos taquígrafos, ou seja, escreviam com iniciais de palavras e com abreviaturas conhecidas da praxe comercial, tal atividade é muito semelhante à exercida pelos escribas hebreus; os “argentari” eram responsáveis por lavrar contratos de mutuo, uma espécie de banqueiros; os “tabularii” eram responsáveis pelo censo e pela guarda dos registros de hipotecas; por fim, os “tabelliones”, que eram pessoas livres encarregadas de lavrar, atos particulares por pedido das partes.³⁴⁰

Ainda sobre os “tabelliones” do direito romano, importante o ensinamento de Raposo (1986, p.690) que também aproxima a atividade destes profissionais aos notários da atualidade, em especial pela função de formalizar a vontade das partes, que segundo o doutrinador, em Roma eram feitas pela redação dos negócios jurídicos em suas tabuas, assinadas pelas partes, pelas testemunhas e pelo “tabelliones”.³⁴¹

Conforme já mencionado e tendo em vista a natureza social do surgimento dos notários, ou seja, por não ser um instituto que surge somente das academias ou de estudos doutrinários, mas da necessidade social de se confiar em terceira pessoa a lavratura e orientação segura e eficaz para a prática de determinados atos, bem como para o arquivamento e publicidade dos referidos atos, os notários possuem características diversas a depender da evolução histórica da sociedade em que estão incluídos.

No Brasil, conforme já mencionado, a atividade notarial teve influência direta do direito português, haja vista até o ano de 1822 o país ainda era colônia de Portugal. Não se pode deixar de mencionar que mesmo após a independência, até a elaboração de normas específicas sobre a atividade notarial, ainda vigoravam as disposições das ordenações portuguesas, até o surgimento de uma legislação brasileira sobre direito notarial.

As primeiras atividades notariais em Portugal foram desenvolvidas por notários cléricos, ou seja, nomeados e ligados à atividade religiosa, somente entre os anos 1211 e 1223, no reinado de D. Afonso II surge em Portugal notários designados pelo Poder Público, ou seja, não mais vinculados à atividade religiosa, e com atribuição para lavrar escrituras e já com o título de Tabeliães; as primeiras regulamentações da atividade em Portugal podem ser atribuídas aos regimentos 12 e 15 de janeiro de 1305.³⁴²

O regimento 15 descrevia de maneira minuciosa o exercício da atividade notarial, inclusive determinado a forma da lavratura e os livros e previa como pena pelo

³⁴⁰ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da Função Pública Notarial e de Registro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p.14;

³⁴¹ RAPOSO, Mário. **O notariado**. In revista do Notariado. Lisboa ano 1986, p. 690.

³⁴² LOPES, J. de Seabra. **Direito dos Registos e do Notariado**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2011, p.13.

descumprimento a morte, ou seja, o Tabelião que não lavrasse o ato conforme determinado no regimento poderia ser condenado à morte.

O subseqüente regimento de 15 de janeiro mandava escrever um livro de papel as notas das escrituras e instrumentos para não se perderem, registrarem livro de coiro as escrituras dos contratos, escrever e ler as notas perante as testemunhas, chamar testemunhas que identificassem os intervenientes desconhecidos, datar e localizar os documentos, nomear os intervenientes e referir o objecto do negócio – tudo por extenso. As infrações seriam punidas com a morte.³⁴³

Após a reforma ocorrida pela edição do Decreto-Lei n. 26/2004 a atividade notarial em Portugal adotou o modelo latino, ou seja, o exercício privado da atividade, por delegação do Poder Público. Tal afirmativa é comprovada pelas lições dos doutrinadores portugueses:

O notariado português integra-se no sistema designado por notariado latino que se rege por um certo número de princípios fundamentais entre os quais relevam o reconhecimento de fé pública aos actos praticados pelo notário – com as inerentes consequências a nível probatória dos documentos -, e autonomia funcional.³⁴⁴

Brandelli (2007, p.20) ao lecionar sobre o notariado português assim assevera:

Com o novo estatuto do notariado, os tabeliães portugueses ingressaram de vez no notariado do tipo latino, dando o passo que faltava rumo à sua modernização, uma vez que revestido já das demais características essenciais para tanto, indicativas da boa evolução da função notarial. Nesse sentido, o notariado português, além da evidente fé pública de que é dotado, possui uma (1) independência no labor de qualificação típica dos melhores sistemas notariais, realizando a polícia jurídica quanto à ilicitude dos atos que pratica, além de (2) ser verdadeiro assessor jurídico das partes, recebendo e moldando a vontade destas e informando-as sobre os efeitos jurídicos de seus atos.³⁴⁵

Assim, é possível afirmar que o notário português pertence ao notariado latino exercendo suas funções com autonomia, e atuando na qualificação jurídica das partes, como assessor imparcial, responsável pela lavratura dos atos a que as partes pretendem ou que Lei determina a forma pública, arquivando documentos que dão origem à lavratura e zelando pela segurança jurídica, autenticidade, publicidade e eficácia dos negócios jurídicos.

³⁴³ ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de. História do Direito Português, 1984/1985. P. 306 e 309.

³⁴⁴ LOPES, J. de Seabra. **Direito dos Registos e do Notariado**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2011, p.537;

³⁴⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

Tais características e atribuições são extraídas do Código do Notariado e do Estatuto do Notariado Português. O art. 1.º do Estatuto do Notariado Português dispõe que: “o Notário é o jurista a cujos documentos escritos, elaborados no exercício da sua função, é conferida fé pública”³⁴⁶.

Demonstra-se, portanto, que Portugal adota o sistema de notariado latino, ou seja, o notário não é um mero autenticador de documentos, mas um jurista que atua diretamente na elaboração dos documentos, lavrando-os sob sua responsabilidade, assessorando as partes, buscando adequar a vontade dos particulares ao que prevê o ordenamento jurídico, enfim, atuando preventivamente evitando o surgimento de conflitos. O notário latino ou românico, adotado em Portugal, também possui a função autenticadora, ou seja, é competente para reconhecer as firmas apostas aos documentos particulares, autenticar cópias de documentos e autenticar fatos.

O ordenamento jurídico português atribui ao notário a função principal de dar forma legal aos documentos, conferindo fé pública aos atos extrajudiciais; atribui como função eventual o assessoramento das partes. Tal hipótese se verificada análise do que dispõe o art. 1.º do Código do Notariado: “1 – A função notarial destina-se a dar forma legal e conferir fé pública aos actos jurídicos extrajudiciais. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, pode o Notário prestar assessoria às partes na expressão da sua vontade.”³⁴⁷

Analisando-se as referidas atribuições é possível afirmar que o notário português é o típico notariado latino, atuando autonomia e independência, não vinculado ao Poder Judiciário, como ocorre no Brasil, haja vista seguir os princípios estabelecidos pela União Internacional do Notariado, ou seja, o notário português não é fiscalizado diretamente pelo Poder Judiciário, mas é regulamentado por um órgão próprio, pertencente à própria atividade notarial.

O notário português possui algumas atribuições que no Brasil são de outros de Oficiais de Registro, como o fato de certificar traduções, que no Brasil é atribuição do Registro de Títulos e Documentos, e o protesto, que em nossa legislação é atribuição do tabelião de protesto de títulos e outros documentos de dívida, mas possui diversas características do notariado brasileiro como: territorialidade, atuação como assessor imparcial das partes e, em especial atuando na função preventiva, evitando-se o surgimento de litígios.

A Lei de 20 de outubro de 1823 determinava que continuaria em vigor no Brasil toda a legislação promulgada em Portugal até 25 de abril de 1821, até que fosse

³⁴⁶ PORTUGAL. Legislação. Estatuto do Notariado. Decreto-Lei nº 26/2004;

³⁴⁷ PORTUGAL. Legislação. **Código do Notariado**. Decreto-Lei nº 205/1995 e alterações.

organizado um novo Código, ou que tais leis não fossem especialmente alteradas. Assim, mesmo com a independência política do país, a legislação portuguesa ainda continuaria em vigor no Brasil.

Flach (2004, p.15) assim assevera sobre a aplicação das ordenações do Reino, no que tange ao direito notarial:

nas Ordenações Manuelinas (1524) e nas Filipinas (1603), que eram a legislação em vigor no Brasil, composta das Ordenações do Reino de Portugal. Foram substituídas somente em 1916, com a edição do Código Civil, que começou a tramitar ainda no século XIX, e teve bastante influência do Código Napoleônico da França. Porém, no período de 1580 a 1640, vigoraram as Leis da Espanha, pois nesse período a Coroa Portuguesa estava submetida à Espanhola. Na época das Ordenações Portuguesas, os Tabeliães e Escrivães eram nomeados pelas capitânicas quando as mesmas detinham essa autonomia, e, após, pela Coroa Portuguesa. E essa nomeação era vitalícia. Os Tabeliães detinham autonomia funcional e independência de seus atos, mas eram vinculados ao ordenamento jurídico português.³⁴⁸

Analisando-se o notariado nas Ordenações Afonsinas, verifica-se que compilaram-se as antigas disposições sobre a atividade notarial e acrescentaram-se outras regras. Analisando-se a legislação Afonsina é possível verificar a existência de dois tipos de Tabeliães, o de Notas e o de Audiência. O primeiro tinha por atribuição autenticar o testamento, codicilos, inventário de bens requeridos, instrumentos de posse, contratos de compra/venda, aforamentos, emprazamentos, registro de receita e despesa e outras funções extrajudiciais. O Tabelião de Audiência tinha por função lavrar os instrumentos que resultassem de sentença ou que de alguma forma fossem destinados ao funcionamento da justiça.³⁴⁹

Outra regra expressa nas normas Afonsinas é a que proíbe os Tabeliães ou qualquer oficial do Rei vender seu cargo, com previsão de pena para o vendedor e para o comprador.³⁵⁰ Os Tabeliães deveriam usar roupas de várias cores e provar que eram casados, sendo que tal regra foi estabelecida para impedir os membros da igreja de exercerem a função

³⁴⁸ FLACH, Marcelo Antônio Guimarães. **Responsabilidade Civil do Notário e do Registrador**. Porto Alegre: Editora AGE, 2004.p.15-16;

³⁴⁹ As normas gerais sobre o notariado estavam previstas no livro I, título 47, 48 e 49; outras normas sobre a atividade notarial pode ser encontrada também nos Títulos 23, 35 a 39, 42, do mesmo livro I e no Livro II, Título 3, 34 e 73;

³⁵⁰ “Do tabelliam, ou Efcripvam, que vendeo o officio, que tinha d’ElRey, ou o renunciou a tempo. D’Antigamente foi fempre usado e guardado que nenhum Tabelliam, ou Efcripvam, ou qualquer outro Official d’ElRey nom poffa vender o Officio, que d’ElRey tiver, a nenhuã peffoa por nenhuu preço; e fazendo-fe o contrario, o vendedor perca o preço, que por tal venda receber, e mais o dito officio, e o comprador nom pofa aver, e fique a ElRey pêra o dar a quem fua mercee for.” Ordenações Afonsinas – Livro IV, Título VIII. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/l4p68.htm> – acesso em 17.11.2013 às 22h48min;

de Tabelião,³⁵¹ haja vista a proibição de os religiosos usarem vestes de várias cores e também pela obrigação de manter o celibato.

Ainda sobre as ordenações do reino é Batista da Silva (2000, P.81):

O notariado brasileiro, disciplinado até então (em meados do séc. XIX) pelas Ordenações Filipinas, passou, com o Decreto de 02.10.1851, que dispôs sobre o regulamento geral das correições, a ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, assumindo o caráter de um serviço auxiliar, embora suas funções nada tenham em comum com as atribuições peculiares a esse Poder. A subordinação da instituição notarial ao Poder Judiciário é uma nota peculiar do Notariado brasileiro que, em virtude de circunstâncias históricas e políticas, distanciou-se até mesmo do influente regime jurídico português, cujo notariado está ligado, ao contrário do nosso, não ao Poder Judiciário, mas ao Ministério da Justiça.³⁵²

Uma das primeiras legislações sobre direito notarial que entra em vigor no Brasil é a Lei nº 2.033, de 20.09.1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22.11.1871, permitia aos escreventes juramentados a lavratura de escrituras e estabelecia a possibilidade de uso de dois livros pelos tabelionatos. O Decreto nº 5.738, de 02.09.1874, deu novo tratamento ao uso dos livros notariais e à lavratura da escritura pública.

Segundo Silva (2012, p.121): “Os primeiros notários brasileiros surgiram em decorrência da autorização dada por D. João ao Capitão-Mor Martin Afonso de Souza, por carta régia de 20.11.1530.”³⁵³

A atividade notarial, no Brasil, sempre foi confundida com a atividade judicial, em especial com os funcionários do Poder Judiciário, conforme afirma Cotrin Neto (1973, p.15):

As nossas priscas leis de organização judiciária, máxime as que o Congresso Nacional elaborava para o Distrito Federal (...) costumavam englobar num único diploma de normas a todos quantos, próxima ou remotamente, tinham ingerência nos serviços da Justiça. Assim é que nelas figuravam os serventuários da Justiça, stricto sensu, isto é, aqueles órgãos e pessoas que participam do processo judiciário (...), ademais dos distribuidores, partidores, contadores, depositários públicos, porteiros de auditórios, e todo o enorme elenco dos que com propriedade são chamados às vezes também serventuários ou funcionários da Justiça; figuravam, ainda, nas leis de organização judiciária aqueles a quem Moacyr Amaral dos Santos

³⁵¹ Isaías da Rosa Pereira afirma que os clérigos já estavam proibidos de exercer a atividade notarial desde o Regimento de 1305. PEREIRA, Isaías da Rosa. **O Tabelionado em Portugal, Notariado Público y Documento Privado: de los orígenes al siglo XIV**. Valência: Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática. 1986, p. 617.

³⁵² BATISTA DA SILVA, Ovídio. **O notariado brasileiro perante a Constituição Federal**. In: Revista de Direito Imobiliário, nº 48, ano 23, janeiro-junho de 2000, p. 81.

³⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.121;

classificou como órgão do foro extrajudicial, isto é, os tabeliães e os oficiais de registro públicos.³⁵⁴

Entretanto, apesar da influência portuguesa, o direito notarial e o direito registral brasileiro seguiram seus próprios caminhos, conforme afirma Mello Junior (1988, p.177):

nosso notariado em 497 anos de história nacional desviou-se muito dos seus ancestrais portugueses. A par disso, nula foi a sua evolução. De um lado, numa perspectiva imediata, o notariado estava submetido à crescente teia normativa local, que, dia após dia, agigantava-se, confundindo o próprio poder julgador. Do outro lado, mediatamente, o notariado via-se tolhido pelas ordenações reinóis, que, ligadas às surgentes normações da Colônia, inviabilizavam o desenvolvimento autônomo da administração desses serviços.³⁵⁵

Os notários acompanhavam os grandes navegadores portugueses e tinham a importante missão de narrar as descobertas, garantindo assim, anterioridade da posse das terras recém-descobertas. Mesmo havendo muito divergência sobre o tema, a maioria dos doutrinadores entende que o primeiro ato notarial lavrado no país foi a carta de Pero Vaz de Caminha, que em 1500 narrou o descobrimento do Brasil: “O primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro, porém, foi Pero Vaz de Caminha, português, que narrou e documentou minuciosamente, embora sem precisão técnica alguma, a descoberta do Brasil e a posse da terra, com todos os seus atos oficiais, traduzindo-se no único documento oficial.”³⁵⁶

O escrivão oficial da armada de Pedro Álvares Cabral era Gonçalo Gil Barbosa, entretanto, Pero Vaz de Caminha foi designado pelo Rei para o cargo de contador da Feitoria³⁵⁷ de Calicute³⁵⁸, pois o destino principal de Cabral era chegar às Índias; Pero Vaz assume a função de escrivão da descoberta das terras brasileiras, para agradar o Rei de Portugal, visando com tal ato conseguir a simpatia do Rei e o perdão de seu genro, que havia sido degredado para África, após condenação pelo crime de roubar uma igreja e ofender a

³⁵⁴ COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **Perspectivas da função notarial no Brasil**. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul, 1973, p.15.

³⁵⁵ MELO JÚNIOR, Regn Roberto Marques de. **A instituição notarial: no direito comparado e no direito brasileiro**. Fortaleza: Casa José de Alencar/UFC, 1998, p. 177;

³⁵⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23;

³⁵⁷ Feitoria era o dado aos entrepostos comerciais europeus em territórios estrangeiros;

³⁵⁸ Calicute é uma cidade da costa ocidental da Índia, destino final da expedição de Pedro Álvares Cabral, local onde deveria instalar uma feitoria (entrepósito comercial);

integridade física de um padre. Pero Vaz de Caminha morre em Calicute e o seu pedido atendido pelo Rei, ou seja, seu genro foi perdoado.³⁵⁹

Durante o período colonial os cargos de tabelião e oficial de registro eram doados ou até mesmo vendidos, primeiramente pelo Rei de Portugal, depois pelos donos das Capitânicas Hereditárias, e pelos Governadores-Gerais, ou seja, por quem exercia o poder nas terras brasileiras. Segundo Da Silva (2000, p.5) a atividade notarial ganhara contornos de direito de propriedade, que poderia ser vendida e era objeto de direito sucessório.³⁶⁰

Tal realidade é modificada, no ano 1827, ou seja, logo após a independência do país, com a entrada em vigor da lei que regulamentava os provimentos dos Ofícios da Justiça e da Fazenda. A referida lei proibiu as doações e vendas dos cargos relacionados à atividade notarial e registral, como título de propriedade, mas pouco influenciou na estrutura da atividade, haja vista a outorga ser de maneira vitalícia e sem exigência de nenhuma qualificação jurídica daquele que iria exercer a função.³⁶¹

Sobre as Ordenações Filipinas, que foram as que mais influenciaram o direito brasileiro, mister trazer à lume algumas de suas disposições sobre o direito notarial e registral, segundo Almeida Júnior (1963, p.148), em especial sobre a competência de nomeação, que era atribuída ao Rei de Portugal:

Criar de novo Tabeliados a nós sòmente pertence, e não a outrem; portanto defendemos, que pessoa alguma, de qualquer dignidade, estado e condição que seja, não faça de novo Tabelião algum, assim das Notas, como do Judicial, na terra, ou terras que de Nós tiver. E o que o contrário o fizer, por êsse mesmo feito, seja privado para sempre de todo o poder, e privilégio, que tiver, de pôr, ou apresentar os Tabeliães. E o que aceitar e servir o tal Ofício de novo criado, haverá pena de falsário.³⁶²

Após a independência foram editadas diversas Leis que contribuíram para a evolução do direito notarial e registral: Lei de Terras de 1850, considerada o embrião do Registro de Imóveis no Brasil, estabelecia a necessidade de registro dos títulos de propriedade perante os padres, nas igrejas, o que ficou conhecido como registro do vigário; em 1916, o Código Civil trouxe diversas regras sobre a atividade notarial e registral; em 1974, entra em vigor a Lei de Registros Públicos, primeira legislação a tratar de quase toda atividade notarial

³⁵⁹ BUENO, Eduardo. **A viagem do descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabral**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, p. 115;

³⁶⁰ DA SILVA, Ovídio Baptista. **O notariado brasileiro perante a Constituição Federal**. In: Revista de Direito Imobiliário, nº 48, ano 23, janeiro-junho de 2000, p. 5;

³⁶¹ COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. **Perspectivas da função notarial do Brasil**. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul, 1973, p. 14;

³⁶² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Orgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 148;

e registral, trazendo a obrigatoriedade do registro de imóveis, normas sobre escrituração de livros, fiscalização pelo Poder Judiciário etc. Entretanto, o maior salto evolutivo do direito notarial e registral brasileiro foi o art. 236, da CF/88, que constitucionalizou o direito notarial e registral.

Novamente afirma-se a necessidade de aprofundamento na investigação sobre a evolução histórica do objeto de estudo, no presente caso, sobre a atividade notarial, que se verifica ter por fundamento de nascimento uma necessidade social. No mesmo sentido, verifica-se que a evolução da atividade notarial está ligada às transformações decorrentes dos fatos sociais que influenciam a sociedade.

3.2. Espécies de Notários

Por não haver unanimidade sobre as classificações das espécies de notários, adota-se na presente investigação o critério de distinção tendo por fundamento a origem do sistema jurídico, ou seja, analisam-se os sistemas: “civil law” ou anglo-saxônico, romano-germânico, e socialista. Partindo desta premissa identifica-se a existência dos seguintes modelos de notariados: anglo-saxônico, latino ou românico e o notariado administrativo.

3.2.1 Notário Anglo-Saxônico

O sistema jurídico anglo-saxônico é caracterizado por ter suas bases fixadas no precedente jurídico, ou seja, o costume comum de todos os cidadãos é revelado pelas decisões reiteradas dos tribunais, prevalecendo, portanto, a jurisprudência como fonte principal do direito. Tal sistema jurídico, baseado na prevalência da jurisprudência, tende a dar mais importância para a prova oral, em detrimento da prova escrita, valorizando a equidade, sem distinção entre direito público e privado.

A Inglaterra e o País de Gales são alguns dos Estados Modernos que adotam o sistema jurídico anglo-saxão. Nesse sistema, os notários obrigatoriamente têm formação jurídica e podem exercer a advocacia, ou seja, não há incompatibilidade entre as duas atividades. Para exercer a atividade notarial os interessados devem se submeter a um exame específico que o qualificam ao exercício da atividade. Não há delimitação territorial nem

criação de local específico para o exercício da atividade, ou seja, após se qualificarem por meio de um curso específico que é ministrado, em regra por uma universidade, e com a devida aprovação no exame, o notário poderá praticar seus atos em qualquer lugar do país.

Os notários do sistema anglo-saxão possuem um selo oficial próprio e os atos notariais têm força vinculativa. Podem revestir a forma privada ou pública, sendo neste último caso conhecidos como notariais autênticos. Os atos notariais que ostentem a assinatura e o selo oficial do notário são reconhecidos em todos os países do mundo como documentos jurídicos oficiais.

Percebe-se, portanto, que o notariado exercido em países que adotam o sistema jurídico anglo-saxão, ou seja, com origem na “common law”, a atividade é de suma importância para a segurança jurídica e desenvolvimento destas sociedades, mas não há nenhuma ingerência ou vinculação da atividade com o Poder Público, enfim, não é um funcionário público, é um profissional do direito que possui autorização para praticar atos com fé-pública.

3.2.2 Notário Administrativo

O Notário Administrativo é aquele considerado funcionário público, ou seja, não exerce a atividade em caráter privado, nem por delegação, mas, sim diretamente, por investidura da função pública, que pode ser por aprovação em concurso ou por nomeação direta do Estado, desde que o notário preencha determinados requisitos.

Brandelli (2007, p.62) afirma que o notariado soviético (da extinta União Soviética), caracterizado pela total dependência do Estado, em que o notário é um funcionário público, pode ser citado como exemplo de notariado administrativo: “O notário era um funcionário estatal, pertencente aos quadros da administração pública. Contudo, ainda assim, a importância do notariado não era perdida, mas, ao contrário, reconhecida.”³⁶³

O modelo de notariado do direito alemão, em virtude das peculiaridades do Estado Federado Alemão, permite o surgimento de três modelos de atividade notarial. O primeiro modelo de notariado encontrado na Alemanha é denominado “notariado livre”, tem por característica principal a liberdade no exercício da atividade, sem nenhum vínculo estatal, ou seja, o notário que preencher determinadas exigências previstas em lei pode exercer a

³⁶³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62;

atividade notarial sem nenhuma restrição territorial ou fixação de remuneração bem como nenhuma ingerência pelo poder público.

Benício (2005, p.59) ensina sobre as características deste tipo de notariado, encontrado em alguns lugares do Estado da Alemanha:

O notariado livre (adotado em unidades como Macklenburg Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Bremen e Thuringen) não representa autoridade pública nem órgão estatal. A função é desempenhada em nome do notário e, por isso, o tabelionato não tem existência independente de seu titular. Como profissional, o notário tem a faculdade de declarar a validade dos atos jurídicos, mediante o exercício da fé pública, reduzindo-se sua atividade oficial a autenticações e consultoria. Nessas regiões, o tabelião exerce função notarial concomitantemente com a advocacia e pela duração do exercício de sua licença de advogado (este é o regime do chamado *Anwaltsnotar*).³⁶⁴

Verifica-se neste modelo de notariado a inexistência da serventia extrajudicial, ou seja, não há o tabelionato, lugar específico para a prática da atividade notarial, pois o notário exerce sua atividade sem nenhum vínculo ao Estado, podendo inclusive exercer a atividade notarial em conjunto com outra, como a Advocacia.

A segunda espécie de notariado do Estado Alemão é o “notariado restrito”, que muito se aproxima do modelo de notariado latino, a ser explicado e detalhado no decorrer da presente investigação científica. O notariado restrito é caracterizado por exercer uma função pública em caráter privado, dependendo de criação pelo Estado da Unidade de Serviço e de sua nomeação para o exercício da função, possuindo atribuição exclusiva para prática de atos previstos em lei. Entretanto, o ingresso na atividade não depende de concurso público, sendo nomeado pelo Estado, desde que possua os requisitos legais previstos em Lei.

Encontra-se na Alemanha ainda o notariado judicial, composto por titulares de serventias judiciais, em que o notariado é considerado um órgão estatal pertencente ao Poder Judiciário. Em tal modelo de notariado ele é remunerado pelo Estado, independentemente da quantidade de atos praticados, ou seja, é um típico funcionário público, com sua atribuição, remuneração e vinculação total ao Poder Público.³⁶⁵

Ainda sobre o notariado judicial, Brandelli (2007, p.63) citando os ensinamentos de Larraud afirma que em Baden, na Alemanha, os notários pertenciam ao

³⁶⁴ BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59.

³⁶⁵ BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46;

Poder Judiciário, ou seja, pertenciam aos quadros da magistratura, atuando em serventias judiciais, nomeados pelo Ministro da Justiça.³⁶⁶

3.2.3 Notário Latino

O notariado latino ou romano é o adotado, em regra, pelos países com tradição de sistema jurídico romano-germânico. Este modelo de notariado é caracterizado pela presença dos seguintes requisitos: o notário atua como conselheiro imparcial das partes na lavratura e percepção da legalidade do ato praticado; é um profissional do direito, ou seja, um conhecedor de todo sistema normativo; é de número limitado, ou seja, o exercício da atividade depende da criação de um local para sua atuação, não podendo ser feita por todo e qualquer profissional que se sentir habilitado, em regra o número de notários é fixado por Lei; ingresso na atividade por concurso de provas e títulos; autonomia no exercício da atividade; remuneração pelo próprio usuário do serviço, conforme valores previamente fixados, em regra também por meio de Lei; aposentadoria facultativa.

Estas características foram expressamente apresentadas, segundo Silva (1979, p.39) pelo fundador da União Internacional do Notariado Latino, José Adrian Negri, que afirma o notariado latino possuir as seguintes características:

- a) manutenção da configuração tradicional do notário como conselheiro, perito, e assessor de direito; receptor e intérprete da vontade da partes, redator dos atos e contratos que deva lavrar e portador de fé dos fatos e declarações que se passem ou se façam em sua presença;
- b) exigência para o exercício da função notarial de estudos universitários de Direito em toda a sua extensão, comprovados com o diploma de bacharel em direito ou título que corresponda a disciplinas análogas, acrescido da especialização e prática da função;
- c) limitação do número de notários estritamente de acordo com as necessidades públicas em cada jurisdição, ditrito ou circunscrição notarial;
- d) seleção de ordem técnica e moral para ingressar na função notarial pelo sistema de concurso de provas e títulos;
- e) garantia de inamovibilidade para o titular enquanto tiver boa conduta;
- f) autonomia institucional de notariado, com seu governo e disciplina a cargo de organismo corporativo próprio;
- g) remuneração do notariado pelo cliente pelo sistema de tabelas legais e com garantia de meios decentes para a subsistência;
- h) aposentadoria facultativa por antiguidade, doença ou limite de idade.³⁶⁷

³⁶⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63;

³⁶⁷ SILVA, Antônio Augusto Firmo da. **Compêndio de temas sobre direito notarial**. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 39;

Para Abella (2005, p.9) o notário latino pode ser definido da seguinte maneira: “Um profissional do direito encarregado de uma função pública, que consiste em receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os documentos adequados a este fim, conferindo-lhes autenticidade, conservando os originais destes e expedindo cópias que dão fé de seu conteúdo.”³⁶⁸ Importante destacar que o notariado brasileiro, possui todas as características apresentadas por Abella, ou seja, é um típico notário latino.

De outro lado, mesmo possuindo todas as características do notariado latino percebe-se que o notário brasileiro, apesar de ser considerado por toda doutrina como sendo do tipo latino ou romano, não é disciplinado por um organismo próprio, haja vista, conforme se verificará no decorrer da presente investigação científica, é disciplinado e fiscalizado pelo Poder Judiciário, reduzindo-se a sua autonomia.

Ainda sobre o notariado latino, importante mencionar o ensinamento de Silva (2004, p.2):

O notariado genuíno, identificado como notariado de tipo latino, firmou prestígio como instituição que se destina a garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, que congrega profissionais do direito dotados de fé pública para o exercício de função pública concernente à tutela administrativa de interesses privados, quais sejam os estabelecíveis ou declaráveis sem controvérsia judicial.³⁶⁹

Segundo Brandelli (2007, p.69) o notário do tipo latino é adotado por mais de setenta países: “Espanha, Itália, França, Portugal, Alemanha, Áustria, Albânia, Bélgica, Canadá, Japão, Luxemburgo, Mônaco, México, Argentina e Vaticano, dentre outros.”³⁷⁰

O Notário Brasileiro não é um mero autenticador de documentos, sua função não se resume a reconhecer a firma ou autenticar documentos, como ocorre com os notários de origem no sistema jurídico anglo-saxônico; no Brasil cabe ao Notário a qualificação jurídica da vontade das partes, ou seja, ele intervém nos negócios e atos jurídicos de forma imparcial, autorizando ou redigindo os instrumentos corretos, de acordo com o ordenamento jurídico, conservando cópias dos documentos que deram origem ao ato ou negócio, fiscaliza o recolhimento de tributos, bem como arquiva em livros próprios a declaração de vontade.

³⁶⁸ ABELLA, Adriana. **Derecho Notarial. Derecho Documental: responsabilidad notarial.** Buenos Aires: Zavalia. 2005, p. 9;

³⁶⁹ SILVA, João Teodoro da. **Função Notarial da Atualidade: importância e forma de atuação do notário.** Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, 2004, p.2.

³⁷⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69;

Importante mencionar que o Notário não interfere na vontade das partes, apenas verifica se esta vontade está em conformidade com o ordenamento jurídico, enfim, cabe ao notário, valendo-se de seus conhecimentos jurídicos, aconselhar as partes para que o negócio ou ato jurídico praticado seja dotado de validade, eficácia, publicidade e, o mais importante, de segurança jurídica, mas sem interferir na manifestação da vontade.

Esta característica de assessor jurídico imparcial das partes torna o Notário um importante instrumento do Estado Democrático de Direito na função de prevenção de litígios, conforme leciona Poisl (2006, p.15):

Ser Tabelião é ter bom conhecimento do universo da Ciência do Direito e ter profundo conhecimento especializado em Direito das Pessoas, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões, com incursões também especiais no Direito Internacional Privado e no Direito Tributário. Esse conhecimento deve ser ao menos equiparado, senão superior, ao de outros profissionais do Direito (advogados, assessores de empresas e de corretores de imóveis) que atuam em sua comunidade, para com eles poder discutir com igualdade, senão com supremacia, cláusulas contratuais, disposições testamentárias e um infindável número de questões em que se emaranham os indivíduos de uma sociedade. Essa discussão estará sempre impregnada do espírito de colaboração, na busca em conjunto da melhor solução, jurídica e harmônica, dos problemas de negócios ou familiares das pessoas. O objetivo que estará sempre em mira será o de prevenir litígios futuros.³⁷¹

Outra característica marcante do notário brasileiro é a inexistência de circunscrição geográfica na escolha do notário, ou seja, apesar de só poder praticar atos dentro da circunscrição que recebeu a delegação, as partes podem escolher livremente o notário, enfim, independente do domicílio das partes ou da localização do objeto do negócio ou ato jurídico, o notário é de livre escolha pelas partes. Tal característica incentiva o notário a se qualificar para prestar um serviço de boa qualidade, outorgando segurança, autenticidade e eficácia aos atos e negócios jurídicos que os notários intervêm, como assessores imparciais, responsáveis pela qualificação jurídica da vontade das partes e pela redação do instrumento público.

³⁷¹ POISL, Carlos Luiz. **Em Testemunho da Verdade: lições de um notário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2006, p. 15 e 16;

3.3 Natureza Jurídica

A identificação da natureza jurídica de um determinado instituto apresenta-se de elevada importância, haja vista ser através da determinação de sua natureza jurídica é que se verifica o regime jurídico aplicado, ou seja, se de direito público ou de direito privado.

Segundo Castro (1996, p.37), encontra-se a natureza jurídica mediante a comparação de institutos jurídicos com questionamentos dentro da dogmática jurídica. A natureza evidencia a substância do instituto, revela a sua razão de ser, vai além da conceituação, haja vista a necessidade de análise dos efeitos do instituto. Assim, dependendo da categoria jurídica em que se encontrar determinado instituto, apontará ao intérprete o regime legal a ser utilizado.³⁷²

Não há unanimidade sobre a natureza jurídica das atividades notariais. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a aposentadoria compulsória dos notários e registradores já firmou o entendimento de que, no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, os notários e registradores não pertencem à categoria de funcionários públicos.

Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública lato sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público.³⁷³

Afirmando a natureza pública do serviço, e particular do exercício da delegação, restando ao Poder Público a titularidade e a fiscalização dos serviços notariais e registrais, mister trazer a lume o entendimento de Aliende Ribeiro (2009, p.16):

São peculiares e exclusivos os contornos da função pública notarial e de registros no Brasil. A atividade apresenta uma face pública, inerente à função pública e por tal razão regrada pelo direito público (administrativo), que convive, sem antagonismo, com uma parcela privada, correspondente ao objeto privado do direito notarial e registral e ao gerenciamento de cada unidade de serviço, face esta regrada pelo direito privado. [...]
O serviço público vai até o reconhecimento de que se trata de função estatal; de que o Estado mantém a titularidade do poder da fé pública cujo exercício delega a particulares, o que abrange a regulação da atividade no âmbito da

³⁷² CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento Administrativo Tributário**. São Paulo: Editora Atlas, 1996, p. 37.

³⁷³ ADI 3.643, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 8-11-2006, Plenário, DJ de 16-2-2007;

relação de sujeição especial que liga cada particular titular de delegação ao Estado outorgante, a organização dos serviços, a seleção (mediante concurso de provas e títulos) dos profissionais do direito, a outorga e cessação da delegação, a regulamentação técnica e a fiscalização da prestação dos serviços para assegurar aos usuários sua continuidade, universalidade, uniformidade, modicidade e adequação.³⁷⁴

Os notários possuem, portanto, a natureza jurídica de agentes delegados, que atuam como colaboradores do Poder Público, segundo Meireles (1999, p.75):

Agentes delegados: são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.³⁷⁵

Esta é também a opinião de Carvalho Filho (2004, p.513):

No que concerne especificamente aos titulares de registros e ofícios de notas, cujas funções são desempenhadas em caráter privado, por delegação do Poder Público, como consigna o art. 236 da CF, sujeitam-se eles a regime jurídico singular, contemplado na Lei nº 8.935, de 18/11/94. Apesar de a função caracterizar-se como de natureza privada, sua investidura depende de aprovação em concurso público e sua atuação se submete a controle do Poder Judiciário, de onde se infere que se trata de regime jurídico híbrido. Não há dúvida, todavia, de que estes agentes, pelas funções que desempenham, devem ser qualificados como colaboradores do Poder Público, muito embora não sejam ocupantes de cargo público, mas sim agentes que exercem, em caráter de definitividade, função pública sujeita a regime especial.³⁷⁶

Esta característica dos notários brasileiros, ou seja, de exercício de uma função pública em caráter privado, por delegação do Poder Público, permite a sua evolução constante, haja vista a atividade ser desenvolvida em caráter privado, somente sob a fiscalização do Poder Público, ou seja, os investimentos nos serviços são de exclusiva responsabilidade do Notário ou Oficial de Registro.

³⁷⁴ ALIENDI RIBEIRO, Luis Paulo, **Regulação da Função Pública Notarial e Registral**. São Paulo: Sariva, 2009, p. 16;

³⁷⁵ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, 75;

³⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 513.

A constante atualização e investimento nos auxiliares e na própria estrutura da serventia extrajudicial são verificados pelos doutrinadores e pelos usuários do serviço, haja vista a remuneração não ser fixada pelo Poder Público, mas depender unicamente da atuação do notário.

A adoção do regime de atividade pública exercida em caráter privado possibilita a evolução da atividade com sua constante modernização e estruturação de seus serviços. A atividade privada permite o crescimento conforme a demanda, ou seja, de maneira oposta ao Poder Judiciário é possível afirmar que quanto mais atribuições forem designadas aos notários e registradores melhor será para a evolução de todo o sistema notarial e ampliação do sistema de justiça, em sentido amplo, que é o objeto desta investigação.

Meireles (1999, p.75) não definiu a natureza jurídica do direito notarial, mas afirmou que o notário é um colaborador do Poder Público, mas não é um servidor, ou seja, não pode ser considerado um funcionário público, pois exerce a atividade por sua conta e risco, com liberdade e sem remuneração pelo Estado.

Ainda sobre a natureza jurídica do notário no ordenamento jurídico brasileiro, importante trazer a lume o ensinamento de Resende e Chaves (2010, p.35):

Participa da administração pública dos interesses privados praticando atos submetidos à sua responsabilidade, civil e criminal, mas sem acarretar qualquer dispêndio aos cofres públicos. Ao contrário, exerce múnus público, no intuito de contribuir com os interesses estatais, seja por meio de prevenção de litígios, da fiscalização dos tributos, do controle de dados importantes para a elaboração de políticas públicas necessárias ao desenvolvimento do Estado, entre outros dos mais destacados assuntos.³⁷⁷

Esses doutrinadores preferem afirmar que o notário é um participante da administração pública, mas que atua na defesa dos interesses privados, ou seja, não é um servidor público, é um “múnus público”.

A maioria dos doutrinadores afirma que o direito notarial pertence ao ramo do direito público. Larraud (1966, p.109) menciona a conclusão de Giménez, que assim afirma: “em la clasificación simple ambigua del derecho público y privado, el notarial debe ser incluído em el público.”³⁷⁸

Não se pode deixar de mencionar que para alguns doutrinadores o direito notarial tem natureza mista: na formação da vontade e aconselhamento das partes, na escolha

³⁷⁷ REZENDE, Afonso Celso F. e CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 5ª.ed. Campinas: Millennium, 2010, p.35.

³⁷⁸ LARRAUD, Rufino. **Curso de Derecho Notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 109.

dos meios mais adequados para formalizar esta vontade jurídica e na explicação às partes do conteúdo e efeitos do ato, a função é privada, agindo o notário como profissional do direito, com autonomia e liberdade; de outro lado, na expressão externa da autenticidade dos fatos e das declarações de vontade contidas nos documentos, ou seja, no respeito à fé-pública, a função é caracterizada como de direito público.

Este é o entendimento de Jardim (2005, p.58): “No sistema notarial latino, a função notarial compreende um vertente profissional, um ‘officium civile’ ou profissão jurídica de natureza privada e uma vertente funcional ou ‘officium publicum’, função certificadora ou autenticadora.”³⁷⁹

Aliende Ribeiro (2009, p.6) também leciona no mesmo sentido:

Notários e registradores exercem função pública e no exercício de sua atividade também produzem atos administrativos dotados de todos os atributos e sujeitos aos requisitos expressos no direito administrativo, não obstante sejam o objetivo e a finalidade destes atos a produção de efeitos jurídicos junto aos interesses privados e ao direito privado.³⁸⁰

Assim, apesar da divergência doutrinária sobre a natureza jurídica é possível afirmar o caráter dúplice do notário latino, em razão de suas peculiaridades, por exemplo, na sua forma de ingresso por concurso público as regras aplicáveis são as de direito público, com obediência aos princípios do direito administrativo; entretanto, no que diz respeito ao exercício da atividade as regras são de direito privado, podendo o notário fazer tudo o que lei não proibir, ou seja, a aplicação do regime jurídico de direito privado.

3.4 Características

No exercício de suas funções os notários possuem ampla liberdade para a prática de seus atos, ou seja, não possuem nenhuma dependência hierárquica, podendo praticar os seus atos obedecendo somente os princípios notariais e as regras em vigor.

A autonomia dos notários está prevista no artigo 28, da Lei nº 8.935/94: “Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm

³⁷⁹ JARDIM, Mônica. **A privatização do Notariado em Portugal**. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 58, 2005, p. 58.

³⁸⁰ ALIENDI RIBEIRO, Luis Paulo, **Regulação da Função Pública Notarial e de Registro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.6.

direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.”³⁸¹

Esta característica também pode ser apontada como de grande relevância para a efetividade dos notários como agentes no exercício da atividade da gestão dos métodos extrajudiciais e adequados de superação dos obstáculos à prestação de um serviço de justiça, pois os notários, no exercício de suas funções e com esta autonomia, geram confiança e aumentam a força normativa do ordenamento jurídico, ou seja, a confiança de que esta gestão está confiada a um agente que não deve obrigação a nenhum outro órgão, ou seja, que deve se pautar somente no ordenamento jurídico.

É da natureza da atividade notarial sua atuação na prevenção de litígios, haja vista atuar na busca incessante de outorgar segurança jurídica para a sociedade. Sobre o princípio da prevenção de litígios importante destacar o ensinamento de Rezende e Carlos Chaves (2010, p.20):

Unido à necessidade contemporânea de proporcionar soluções rápidas àqueles que necessitam da tutela estatal, sem qualquer abandono ao manto da segurança nas relações, encontra-se o princípio da prevenção de litígios, ou acautelamento. Devido ao crescimento exacerbado de provocações aos órgãos julgadores, acumulam-se cada vez mais as demandas, não obstante todo o esforço e desempenhado pelo Judiciário brasileiro no sentido de fornecer respostas eficientes e em prazo adequado para a realização do direito e da justiça. Tal princípio, ligado de forma umbilical à noção de Justiça Notarial, acarreta a necessidade de um esforço, cada vez maior, por parte do Notariado, para exercer o seu ofício de forma segura e cautelosa, procurando prevenir, sempre que possível, por meio do bom desempenho dos atos de sua competência, o futuro litígio. Sugere, ainda, a utilização da atividade notarial para o desafogamento do Poder Judiciário nos casos em que está ausente o litígio.³⁸²

Assim, esta atuação constante na prevenção de litígios pode contribuir muito para o sucesso da sua atuação como gestor dos mecanismos extrajudiciais de pacificação social, haja vista a necessidade constante de conciliar os interesses, ou seja, equilibrar a aplicação da Lei aos interesses das partes e ao ideal de justiça.

Segundo a Lei e a doutrina, os Serviços Notariais e Registrais são destinados a promover a segurança, eficácia, autenticidade e eficácia dos atos e negócios jurídicos. O notário é o conselheiro, o confidente, o agente da paz privada. Confidente, porque, em sua

³⁸¹ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Publicada no Diário Oficial da União em 21, de novembro de 1994.

³⁸² REZENDE, Afonso Celso F. e CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 5ª.ed. Campinas: Millennium, 2010, p. 20.

atuação deve ouvir atentamente as partes, examinar suas propostas e qualificar juridicamente suas vontades, conforme a lei; conselheiro, porque indica o caminho lícito que lhes compete tomar, esclarece os efeitos próximos e remotos dos atos e negócios jurídicos, aponta as precauções necessárias para evitar a anulação e ineficácia do ato ou negócio; avisa sobre as formalidades para que o ato ou negócio jurídico se complete. É um agente da paz privada, porque acomodando os direitos de um com o interesse dos outros, previne as contendas forenses, copiosa fonte de ruínas para uns e inquietações para outros.

Tais características vão ao encontro das finalidades da desjudicialização que também pretende dar opção de resolver determinada demanda fora do Poder Judiciário, mas com a garantia de segurança, eficácia, autenticidade e publicidade, bem como com a obediência ao devido processo legal.

Este é um dos fatores que pode explicar o sucesso da desjudicialização dos inventários e divórcios extrajudiciais no Brasil e o insucesso da arbitragem. A população confia nas Serventias Extrajudiciais, haja vista ser da natureza dos notários e registradores praticar atos que impliquem segurança jurídica para as partes, de outro lado, as partes tendem a não confiar em decisões proferidas por particulares que não exercem nenhuma parcela de poder do Estado, o que explica a não submissão das demandas ao procedimento de arbitragem, e o alto número de demandas de inventário e divórcio extrajudiciais submetidos aos notários e registradores.

Outra característica da atividade notarial no Brasil é a fé pública, aqui considerada como a especial qualidade outorgada pela Lei de que os atos praticados pelos notários e registradores presumem-se verdadeiros e de acordo com o ordenamento jurídico. O fundamento da fé pública encontra-se na necessidade de dar estabilidade às relações sociais, fator imprescindível para a evolução da sociedade.

O conceito doutrinário de fé pública é apresentado por Neri (1969, p.423):

el fundamento de la fe pública se halla en necesidad que tiene la sociedad, para su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal. Tal es, en fin de cuentas, la imponente razón que há existido para reconocer a la fe pública como el atributo de garantía erga omnes y la necesidad de fijarla en todo instrumento aseverado por funcionario público competente.³⁸³

³⁸³ NERI, Argentino. **Tratado Teórico e Prático de Derecho Notarial**, v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1969, p. 423.

Sobre os limites da fé pública mister colacionar o ensinamento de Carvalho (1982, p.211):

a fé pública tem a sua influência limitada aos negócios jurídicos, vale dizer, aos acordos de vontades ajustados entre partes, os quais constituem a tessitura do tráfico imobiliário. Fora desse círculo negocial, a fé pública não opera, o que equivale a dizer que não protege as aquisições de direitos advindos de atos judiciais, que ficam assim a descoberto. Noutras palavras, é mais segura a aquisição, onerosa por escritura pública outorgada pelo proprietário do imóvel do que por arrematação judicial em execução que lhe for movida.³⁸⁴

Entende-se, portanto, que os notários já exercem uma parcela de poder do Estado ao garantirem que os atos praticados em sua presença são legítimos, de acordo com o ordenamento jurídico e verdadeiros. Tal característica é de suma importância para sua atuação como agentes de superação dos obstáculos à pacificação social, ou à gestão dos mecanismos extrajudiciais e adequados de distribuição de justiça.

Sobre a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para a valorização das atividades notariais e registras como instrumento de pacificação social é o entendimento de Oliveira (2006, p.461).

(...) teve o condão de exterminar o ‘coronelismo’ existente na área cartorária, extinguindo para sempre o ‘dono de cartório’, figura hoje pejorativa, que muito sabiamente foi substituída pelo legislador, através dos termos ‘profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro’, por força do conteúdo do art. 3º da Lei Federal n. 8.935/94.³⁸⁵

É possível afirmar que após a constitucionalização da atividade notarial e registral pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a atividade notarial e registral continua sendo de natureza pública, ou seja, a titularidade do serviço é do Poder Público, que o delega a um particular, por meio de delegação, após comprovação de sua capacidade por meio de concurso público de provas e títulos. Nesse passo, a atividade reúne elementos de direito público e de direito privado. Na forma de ingresso e na fiscalização dos serviços aplicam-se normas de direito público; de outro lado, na administração da serventia e na atuação independente do notário e do registrador, aplicam-se normas de direito privado, embora com muitas normas de ordem pública.

³⁸⁴ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**. Rio de Janeiro: Forense, Rio, 1982, p. 211.

³⁸⁵ OLIVEIRA, Elaine Berini da Costa. **Regime jurídico dos escreventes e auxiliares dos cartórios extrajudiciais, notariais e de registro**. v.70. São Paulo: Revista LTr, abril de 2006, p 461-466.

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Lei nº 8.935/94 e a Lei nº 6.015/73, as serventias extrajudiciais no Brasil podem ser instituídas com as seguintes atribuições:

Registro de Imóveis, com atribuição exclusiva para registro dos títulos referentes à propriedade imobiliária, haja vista a adoção do princípio da inscrição segundo o qual a propriedade imobiliária no Brasil se prova por meio do registro público, que é meio constitutivo de aquisição da propriedade imobiliária;

Registro de Títulos e Documentos com atribuição para autenticação das datas dos documentos, registros para fins de conservação, bem como atuando de maneira subsidiária, sendo que se o registro não for atribuído por Lei a nenhum outro registro, deve ser lavrado no Registro de Títulos e Documentos;

Registro Civil das Pessoas Naturais, responsável pela lavratura, publicidade e informações ao Poder Público e a qualquer interessado dos principais atos e fatos jurídicos que ocorrem na vida dos seres humanos: nascimento, casamento, interdição, emancipação, óbito e outros;

Registro Civil das Pessoas Jurídicas, com atribuição para registro de associações, fundações, partidos políticos e demais pessoas jurídicas, que não sejam empresárias, pois estas últimas são registradas na Junta Comercial;

Tabelionato de Notas, responsável pela lavratura de escrituras públicas, procurações públicas, reconhecimentos de firma, testamentos públicos e aprovação dos testamentos cerrados, bem como pela lavratura de atas notariais;

Tabelionato de protesto, responsável pela lavratura e registro de títulos e outros documentos de dívida, não aceitos, devolvidos ou por falta de pagamento.

Por fim, os Registros e Tabelionatos Marítimos, responsáveis pela lavratura e registros de atos e negócios jurídicos envolvendo o direito marítimo.

Não se pode deixar de mencionar que as Serventias Extrajudiciais são criadas por Lei, devidamente aprovadas pela Assembleia Legislativa do Estado em que os serviços serão exercidos, e cujo provimento se dá por meio de concurso público de provas e títulos, em que podem participar somente bacharéis em direito ou quem exerce atividade notarial e registral por mais de 10 anos, conforme determina a Lei nº 8.935/95.³⁸⁶

³⁸⁶ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).** Publicada no Diário Oficial da União em 21.11.1994.

3.5 Os Notários Como Agentes de Gestão Extrajudicial de Conflitos

Escrevendo sobre a necessidade de utilização dos magistrados para resolver somente questões que não podem ser solucionadas pela via extrajudicial, em especial pelo pouco número de juízes, assim leciona André Gomma Azevedo:

“a doutrina mais atualizada tem indicado que o papel do magistrado consiste em gerenciar um sistema público de resolução de disputas. Assim, considerando que a atuação do mediador pode ser delegada até mesmo para um funcionário e essa atuação de gestão sistêmica não, concluímos pelas recomendações de que, como regra, o magistrado não deve conduzir mediações principalmente para economizar esse recurso humano tão escasso.”³⁸⁷

A atuação dos notários como instrumento de pacificação social ou de gestão de conflitos não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, que já prevê diversas hipóteses de atuação, inclusive com alto grau de sucesso no exercício da atividade e com resultado social que indica o caminho que pode ser seguido pelo ordenamento jurídico na escolha de uma agente eficaz para o exercício desta forma de distribuição e administração da justiça.

3.5.1. Hipóteses Já Autorizadas por Lei

Na legislação brasileira atual a primeira hipótese de atuação das Serventias Extrajudiciais na gestão extrajudicial de conflitos deve-se à entrada em vigor da Lei nº 10.931/04,³⁸⁸ que instituiu no ordenamento jurídico a retificação de área administrativa, ou seja, não havendo litígio entre as partes e, havendo a necessidade de adequar a realidade fática de um imóvel a sua descrição cadastral, as partes envolvidas podem gerir este conflito sem a utilização do Poder Judiciário, todo procedimento é feito na Serventia Extrajudicial de Registro de Imóvel. Pela primeira vez o legislador confiou aos delegatários dos Serviços Extrajudiciais uma atribuição que era somente do Poder Judiciário.

³⁸⁷ AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, p. 219.

³⁸⁸ BRASIL. Legislação. LEI No 10.931, DE 02 DE AGOSTO DE 2004. **Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências**. Publicado no DOU de 3.8.2004.

A população não ofereceu resistência e passou a utilizar o procedimento de retificação de área extrajudicial como sendo regra, ou seja, a retificação judicial só é utilizada em não havendo possibilidade de solução fora do Poder Judiciário, como no caso de não concordância dos limites por um ou vários confrontantes do imóvel após a audiência presidida pelo Oficial Registrador de Imóvel. Tendo em vista o objeto de estudo da dissertação, o exemplo acima fica apenas de esboço histórico, devendo o estudo ser aprofundado quanto à atividade notarial.

Percebendo esta confiança da população nas Serventias Extrajudiciais o Poder Legislativo edita novas normas facultando às partes a solução de inventários e divórcios, em que não há litígio, valendo-se também das Serventias Extrajudiciais.

Assim, no ano de 2007 surge no ordenamento jurídico a Lei nº 11.441/2007, que versa sobre os inventários e divórcios extrajudiciais ou administrativos, como preferem alguns doutrinadores. A referida Lei permite que o inventário, partilha e divórcios sejam processados em qualquer tabelionato de notas do país, exigindo apenas que: não haja litígios entre os herdeiros, a inexistência de testamento, e a inexistência de herdeiros menores ou incapazes, no caso de inventário e inexistência de filhos menores do casal e acordo quanto à dissolução da sociedade conjugal, no caso de divórcio.

Tal norma foi um grande avanço para a concretização do processo de desjudicialização, pois retirou do Poder Judiciário um montante relevante de demandas, bem como evitou que novas demandas com estas características fossem iniciadas. No que tange ao divórcio, a lei autorizou que ele fosse processado inteiramente perante os tabeliães de notas, sem a necessidade de ratificação pelo Juiz, ou seja, a escritura pública tem a mesma força executiva que uma sentença proferida no âmbito do Poder Judiciário.

O procedimento de divórcio e inventário extrajudiciais está se tornando a regra, deixando o Poder Judiciário somente para os casos em que não se é possível a solução administrativa, o que comprova o sucesso da utilização das Serventias Extrajudiciais como meio de gestão de conflitos.

Não se pode deixar de mencionar que, apesar da evolução legislativa trazida pela Lei nº 11.441/07 ela pode se tornar ainda mais efetiva no processo de desjudicialização pelos seguintes motivos: a vedação de o inventário processar-se administrativamente pela existência de testamento vai de encontro com o princípio da razoabilidade, pois quem lavra o testamento e possui todo conhecimento técnico-jurídico sobre este instituto, em regra, é o Tabelião, assim, nada mais lógico que permitir o inventário administrativo em que exista testamento.

Outro ponto que a legislação poderia ter avançado mais é quanto à vedação de divórcio e inventário extrajudiciais, em razão da existência de interesse de menores. A simples presença de interesse de menores não pode significar obstáculo para a desjudicialização, desde que estes interesses sejam preservados. Assim, a legislação pode avançar e permitir o inventário e divórcio extrajudiciais, com interesse de menores, exigindo-se, por exemplo, a presença do Ministério Público, ou mesmo a homologação judicial; nesse passo, conseguir-se-ia avançar no processo de desjudicialização sem nenhum prejuízo para o interesse dos menores.

3.5.2 Notários Mediadores, Conciliadores e Árbitros

A atuação dos Notários como mediares e conciliadores e árbitros é objeto de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, mesmo com a indicação expressa feita pelo Conselho Nacional de Justiça e autorização em algumas normas estaduais como a do Estado do Maranhão,³⁸⁹ Ceará³⁹⁰ e Alagoas³⁹¹.

Para investigar a atuação dos notários como mediadores, conciliadores e árbitros é necessário aprofundar o estudo sobre o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”³⁹² destacando-se as duas principais funções estatais, que são: a criação e a execução das leis, este é o entendimento de Carvalho Filho (2008, p.17):

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade

³⁸⁹ BRASIL. ESTADO DO MARANHÃO. Legislação Estadual. Provimento nº 004/2014. **Regulamenta e autoriza o procedimento de mediação e conciliação no âmbito dos Tabelionatos de Notas.** Diário da Justiça Eletrônico. Edição 71/2014. Disponibilização em 14/04/2014 às 11:34 e Publicação em 15/04/2014.

³⁹⁰ BRASIL. ESTADO DO CEARÁ. Legislação Estadual. Provimento nº 12/2013. **Dispõe sobre a autorização e a implementação, no âmbito das serventias extrajudiciais, dos procedimentos de mediação e conciliação.** Publicado no DJE de 24/06/2013, pág. 17/21.

³⁹¹ BRASIL. ESTADO De ALAGOAS. Legislação Estadual. Provimento 18/2013, da Corregedoria Geral da Justiça de Alagoas. **Dispõe sobre adequação e a instrumentalização dos conflitos de interesse por intermédio da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais de Alagoas e adota providências correlatas.** Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/2a79317ee583311bdb957ecd322aa61f.pdf>.

³⁹² BRASIL. Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988;

denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto em lei.³⁹³

Ainda sobre a ilegalidade dos atos dos agentes do Estado e o princípio da legalidade, assim assevera o mesmo autor: “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo a atividade é ilícita.”³⁹⁴

Gasparini (2009, p.8) assim ensina sobre o princípio da legalidade visto sobre o âmbito dos particulares e dos agentes do Estado: o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, ou seja, toda a atividade não proibida é lícita; de outro lado, no âmbito do Poder Público, toda atividade não autorizada por Lei é considerada ilícita, ou seja, o agente público só pode fazer o que a lei manda ou determina.

Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.³⁹⁵

Destacando a impossibilidade de derrogação do referido princípio por convenções particulares, ou seja, enaltecendo o caráter de ordem pública da referida norma, é o entendimento de Meirelles (2010, p.89): “As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irreligáveis pelos agentes públicos.”³⁹⁶

Nesse contexto, é importante frisar que existem duas formas de atuação dos notários como agentes dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, como mediadores, conciliadores e árbitros que pertençam ao aparelho estatal e como mediadores, conciliadores e árbitros que atuem no âmbito privado, apenas sob a fiscalização do Estado que tem por objetivo preservar o devido processo legal mínimo.

³⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19ª. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17;

³⁹⁴ ³⁹⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19ª. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18;

³⁹⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8;

³⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89.

Ao atuarem como agentes do Estado, como delegatários de serviço público, como agentes da fé pública e desempenhando as funções delegadas constitucionalmente, os notários só podem fazer aquilo que a lei manda ou determina.

Nesse passo, seria necessária uma autorização legislativa que incluísse atividade de mediação, conciliação ou arbitragem, na Lei nº 8.935/94, que regulamenta o art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios) ou a autorização em Leis Estaduais, conforme já mencionado nesta investigação.

As atribuições dos Notários e dos Tabeliães estão previstas nos artigos 6º e 7º, da Lei nº 8.935/94:

Art. 6º Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

I - lavrar escrituras e procurações, públicas;

II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;

III - lavrar atas notariais;

IV - reconhecer firmas;

V - autenticar cópias.³⁹⁷

Para a atuação dos notários, como agentes delegatários, vinculados à fiscalização pelo Poder Judiciário e sem descumprimento do princípio da legalidade, a legislação deveria ser modificada com a inclusão das seguintes atribuições:

Art. 6º Aos notários compete:

(...) IV – Intervir nos conflitos na qualidade de mediador, conciliador ou árbitro.

Art. 7º Aos Tabeliães compete:

(...) Lavrar termos de acordos de mediação e conciliação;

(...) Lavrar atos do procedimento de arbitragem e proferir sentença arbitral;

De outro lado, se a atuação dos notários for fora do âmbito do aparelho estatal, em especial dos órgãos do Poder Judiciário, não há necessidade de modificação legislativa, pois não há vedação para que os notários exerçam esta atividade em entidades privadas.

³⁹⁷ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.935/94. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Publicada no Diário Oficial da União em 18, de novembro de 1994.

No sentido de que o Estado deve incentivar a participação e organização dos meios alternativos de solução de conflitos é Watanabe (1988, p.133): “É importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução de conflitos de interesses.”³⁹⁸

Nesse sentido, a modificação legislativa guarda correspondência com os estudos científicos investigados nesta dissertação, bem como com as práticas experimentadas e com os anseios sociais que versam sobre a gestão de conflitos e a pacificação social.

É preciso que os legisladores reflitam e encontrem respostas concretas para as necessidades que surgem na sociedade, sobre a necessidade de a legislação representar uma resposta direta aos problemas reais que surgem na sociedade é o entendimento de Siches (1973, p.274):

A norma jurídica não é mais do que um pedaço de vida humana objetivada, sendo que o direito deve ser uma resposta do legislador à sociedade para satisfazer determinadas necessidades, resolver certos problemas humanos, tal como se apresentam em determinado tempo e lugar, inspirando-se, para isto, naquelas valorações que julgarem corretas.³⁹⁹

Entretanto, apesar da demonstração sobre a possibilidade e viabilidade de atuação dos notários como agentes dos diversos métodos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, conforme afirma Tartuce (2008, p.144) existem muitos desafios a serem superados até a criação de um modelo de enfrentamento consensual de gestão de conflitos:

“As barreiras para a adoção de um modelo consensual de enfrentamento de conflito são muitas. Podem ser aduzidos como centrais os seguintes óbices: a formação acadêmica do operador do direito que não contempla tal sistemática; a falta de informação aos cidadãos sobre a disponibilidade de mecanismos conciliatórios como forma de tratamento das controvérsias; o receio da perda de poder e autoridade das instituições tradicionais de distribuição de justiça.”⁴⁰⁰

Sobre o primeiro obstáculo a ser superado, ou seja, a formação acadêmica, assim escreve Bacelar (2011, p.31): “No Brasil há um ensino jurídico moldado pelo sistema da contradição (dialética) que forma guerreiros, profissionais combativos e treinados para a

³⁹⁸ WATANABE, Kasuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 133.

³⁹⁹ SICHES, Luís Recasens. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. 2.ed. México:Porruá, 1973. p.274.

⁴⁰⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 144.

guerra, para a batalha, em torno da lide, onde duas forças opostas lutam entre si e só pode haver um vencedor. Todo caso tem dois lados polarizados. Quando um ganha, necessariamente o outro tem de perder.”⁴⁰¹

Outro obstáculo que deve ser superado é o estudo e preparação dos notários em relação aos diversos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, ou seja, é preciso que o conhecimento jurídico exigido para o exercício da atividade não seja um obstáculo à comunicação entre as partes, pois os juristas estão sempre prontos para pensar rapidamente e responder detectando alguma falha ou contradição no discurso, a atuação dos notários deve ser no intuito de reduzir o ruído de comunicação, enfim, ampliar as possibilidades de organização dos pensamentos reconhecendo as atitudes positivas externadas pelas partes na busca da pacificação das relações e não somente de resolução do conflito.

Importante destacar que os notários brasileiros, conforme já afirmado, exercem uma função pública por delegação, mas este exercício é feito em caráter privado, excluindo os notários da categoria de funcionários públicos, enfim, exercem apenas uma função pública e são considerados agentes públicos. Nesse passo, os notários não podem ser considerados agentes de pacificação que utilizem a mediação e conciliação judiciais, pois esta caracterização depende da natureza dos mediadores e conciliadores, que devem pertencer ao quadro de funcionários do Poder Judiciário.

A Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça é expressa em afirmar que na Política Nacional de Resolução de Conflitos, a mediação e conciliação somente serão consideradas judiciais, se os mediadores e conciliadores pertencerem aos quadros dos respectivos Tribunais de Justiça.⁴⁰²

Os notários, na atuação como mediadores, conciliadores e árbitros devem exercer, portanto, a atividade no âmbito extrajudicial desenvolvida por iniciativa privada ou, de forma institucionalmente reconhecida, como parte do sistema de administração de justiça do Estado.

Percebe-se da análise das legislações estaduais que permitem aos notários atuarem como agentes de pacificação social no âmbito extrajudicial que estas autorizações não versam sobre a arbitragem, somente sobre conciliação e mediação.

⁴⁰¹ BACELAR, Roberto Portugal. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Nacional – O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p.31.

⁴⁰² CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Mediação: notas introdutórias. Conceito e procedimento**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 208.

Sobre a atuação dos notários como árbitros é necessário analisar a legislação que versa sobre a arbitragem e também a legislação dos notários. A lei de arbitragem, Lei nº 9.307/96, prevê que qualquer pessoa capaz pode ser escolhida como árbitro, ou seja, os únicos requisitos exigidos são: a capacidade do árbitro e a confiança das partes, que se manifesta pela livre escolha do árbitro.

Analisando os elementos negativos, ou seja, as vedações para ser árbitro é importante trazer a lume a previsão do art. 14, da Lei de Arbitragem que assim determina: “estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades.”⁴⁰³

É possível afirmar que os impedimentos previstos na Lei de Arbitragem, não abrangem os notários, se não caracterizados os casos de impedimentos e suspeições dos juízes, nos termos da legislação processual⁴⁰⁴.

De outro lado, analisado a legislação que versa sobre as incompatibilidades e impedimentos dos notários, em especial a lei nº 8.935/94, que regulamenta o artigo 236, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entende-se que não há nenhuma incompatibilidade ou impedimento de o notário atuar como agente de gestão de conflitos no âmbito extrajudicial.

Em relação ao exercício de funções ou cargos, a incompatibilidade é caracterizada pela impossibilidade de serem duas ou mais funções incompatíveis exercidas por uma só pessoa, ou seja, é a qualidade de ser incompatível; situação de coisas que não podem unir-se ou ser tratadas juntamente, ante a contrariedade existente entre elas. A

⁴⁰³ BRASIL. Legislação. Lei nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Publicada no Diário Oficial da União em 24.9.1996.

⁴⁰⁴ Art. 134 e 135, do Código de Processo Civil: Art. 134 - “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz”. Art. 135 - “Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

incompatibilidade impossibilita a conciliação de tarefas, cargos e funções, determina a completa proibição se exercício simultâneo de uma atividade com outra.

As incompatibilidades e impedimentos dos notários são trazidos nos art. 25 e 27, da Lei nº 8.935/94: art. 25 - “O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão; § 1º (Vetado); § 2º A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará no afastamento da atividade”⁴⁰⁵. Art. 27 – “No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau.”⁴⁰⁶

Nagao (2014, p.290) verificando os princípios da arbitragem afirma que não há impedimento, incompatibilidade ou vedação da atuação dos notários como árbitros.⁴⁰⁷ O autor elenca os seguintes princípios da arbitragem: autonomia de vontade; boa-fé e temporalidade. Nos três princípios nós encontramos elementos de autorização para o exercício a atividade de árbitro pelo Notário. O autor ainda apresenta três princípios que devem ser observados pelos árbitros: preservação da igualdade entre as partes; imparcialidade do árbitro e livre convencimento motivado; os três princípios indicam que a atuação dos notários, não só é permitida, mas aconselhável, haja vista principal característica dos notários, atuação na prevenção de conflitos.

Em diversos países os notários já exercem a função de árbitro, haja vista suas características, que se encaixam perfeitamente na resolução dos conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário. Em Portugal, a arbitragem não só é exercida pelos notários, como há incentivo dos órgãos representantes dos dois institutos para que a arbitragem seja exercida pelos notários.

Soares (2012, p.12) afirma que:

a arbitragem realizada por notários, pode ser encarada como uma actividade extraordinária, compatível na maioria dos casos com a actividade habitual do notário, pois se insere no âmbito mais vasto da justiça preventiva, da

⁴⁰⁵ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.935/94. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Publicada no Diário Oficial da União em 18, de novembro de 1994.

⁴⁰⁶ BRASIL. Legislação. Lei nº 8.935/94. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Publicada no Diário Oficial da União em 18, de novembro de 1994.

⁴⁰⁷ NAGAO, Paulo Issamu. **Notas sobre a efetividade da prestação jurisdicional e vícios na arbitragem**. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 290.

actividade de prevenção de conflitos, objectivo principal da profissão de notário.⁴⁰⁸

Em Portugal, a instituição de Centros de Arbitragem é de competência do Ministério da Justiça, ou seja, para exercer a atividade arbitral nos termos legais as entidades que pretendam promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens, devem ter autorização do referido órgão. O Despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 5097/2009, de 27 de Janeiro de 2009⁴⁰⁹ autorizou a instituição do Centro de Arbitragem Administrativa, de âmbito nacional e de carácter especializado, tendo por objeto promover a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público. O referido Centro de Arbitragem além de outros interessados é composto pela Associação Sindical dos Oficiais dos Registos e do Notariado e o Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado, demonstrando, portanto, a total compatibilidade e interesse do Estado Português em autorizar o notário a exercer a atividade arbitral.

Outros Estados da União Europeia também autorizam o notário a exercer a atividade arbitral, resolvendo conflitos sem a necessidade de homologação ou de qualquer interferência do Poder Judiciário. Como exemplo, podemos citar a Estônia, país em que o notário é investido de diversas atribuições, contribuindo para a evolução do Estado, mas em especial, podendo atuar como árbitro.

Os notários podem oferecer os seguintes serviços oficiais: Atestação da autenticidade de documentos traduzidos; Aconselhamento jurídico fora do procedimento de atestação; Aconselhamento sobre legislação fiscal e legislação estrangeira, no âmbito do procedimento de atestação ou fora desse âmbito; **Conciliação; Arbitragem;** Condução de leilões, eleições, lotarias e sorteios, e verificação dos respectivos resultados; Prestação de juramentos e autenticação de certificados ajuramentados; Transmissão de anúncios e informações e emissão de comprovativos da sua transmissão ou da impossibilidade da sua transmissão, se não se tratar de uma obrigação formal decorrente de um acto notarial; Aceitação de depósitos em dinheiro – à excepção de numerário –, títulos, documentos e outros artigos, se não se tratar de um acto notarial ou de uma obrigação formal decorrente de um acto notarial (grifou-se).⁴¹⁰

⁴⁰⁸ SOARES, Antonio Alves. O notariado e a justiça preventiva. Revista dos Notários. Fevereiro de 2007, p. 12, disponível na rede mundial de computadores no “site”: http://www.notarios.pt/NR/rdonlyres/149C9573-FF27-4088-BDA4-EC84FCDE24C4/0/RON_fevereiro07.pdf; acesso em 01.10.2012 às 10h32min (horário de Brasília/DF – Brasil)

⁴⁰⁹ Disponível em: <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/11>; acesso em 01.10.2012 às 10h45min (horário de Brasília/DF – Brasil);

⁴¹⁰ Profissões Jurídicas na Estônia. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-ee-pt.do?member=1. Acesso em acesso em 01.10.2012 às 11h10min (horário de Brasília/DF – Brasil).

No Brasil, conforme já investigado, não há nenhuma autorização expressa para que o notário atue como árbitro, bem como não há nenhuma vedação de sua atuação na atividade arbitral. Sobre tal omissão legislativa mister destacar o entendimento da natureza jurídica da função notarial, se de direito público ou de direito privado; prevalece o entendimento de que a função notarial possui caráter público, haja vista a titularidade pertencer ao estado, sendo somente o exercício delegado ao particular.

Em virtude deste entendimento, o notário não estaria autorizado a atuar como árbitro, haja vista a aplicação do princípio da legalidade segundo o qual aquele que exerce uma função pública só pode fazer o que a Lei manda ou determina.

Está em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro o Projeto de Lei nº 5243/2009, que já recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado. Tal Projeto de Lei visa alterar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) para inserir expressamente a autorização para que os Notários possam atuar como árbitros.

Entretanto, conforme já mencionado nesta investigação, se o notário atuar fora do exercício de sua atividade notarial, não há vedação ou impedimento para sua atuação como árbitro, aliás, sua atuação é indicada, haja vista as diversas características que lhe são inerentes, em especial, o conhecimento jurídico e sua atuação na qualificação de vontades, bem como na prevenção de litígios.

Ao investigar sobre a necessidade buscar novas formas de distribuição de justiça, que tenham por paradigma a necessidade de democratização do acesso à justiça, sem se afastar da segurança jurídica, com a aplicação de um devido processo legal mínimo, é necessário analisar a confiança da sociedade neste agente que irá atuar como instrumento de pacificação social, no caso desta investigação, os notários.

Gabbay (2013, p.17) ao escrever sobre a profissionalização e remuneração dos mediadores nos Estados Unidos da América dá ênfase na autonomia que estes dois fatores trazem aos métodos extrajudiciais de gestão de conflitos. A autora afirma que esta remuneração pode ser feita por fundos financeiros dos Tribunais, por valores pagos pelas próprias partes ou por destinação orçamentária. No Brasil a atuação nos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos é exercida, em regra, de forma voluntária, o que prejudica a continuação, estabilização da atividade⁴¹¹.

⁴¹¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17.

Atuação dos notários como gestores de conflitos no âmbito extrajudicial deve ser, portanto, de forma profissional, contribuindo para a diminuição de rotatividade no quadro de mediadores, conciliadores e árbitros, decorrentes do exercício da função de forma voluntária e não remunerada que ocorre no Brasil, ou seja, a atuação profissional, mediante remuneração por emolumentos, se o notário atuar na qualidade de delegatário de serviço público ou mesmo no âmbito de atuação privada aproximando o exercício da atividade com o que ocorre nos EUA, em que quase toda atividade é profissionalizada e remunerada.

É necessário a estes agentes de pacificação social o conhecimento da discussão entre Carnelutti⁴¹² e Calamadre⁴¹³ acerca do conteúdo material do processo, sob a perspectiva do conflito jurídico e do conflito sociológico. Libman (1999, p.744) ao escrever sobre o assunto afirma que o juiz não age diretamente sobre o conflito, ou seja, não compõe a lide (conforme afirma Carnelutti), haja vista o conflito constituir uma realidade psicológica praticamente inatingível. Para o autor, o juiz verifica a procedência do pedido aplicando aquilo que a lei manda ou determina.⁴¹⁴

Importante destacar a contribuição social da presente investigação, em especial na verificação de que no âmbito jurisdicional o conflito não se apresenta como se manifestou na vida real, mas apenas como a parte o construiu juridicamente segundo as técnicas processuais, em especial pela configuração que deu em seu pedido. De outro lado, no âmbito das formas extrajudiciais e adequadas de gestão de conflitos, em especial na mediação, o notário não está aprisionado no conceito e molduras de separação existente entre o âmbito processual e substancial do conflito, analisado o conflito de interesses sob uma ótica diferenciada, com aspectos de perigo, mas de oportunidade de crescimento e evolução das partes envolvidas.

A relevância social do presente estudo também se revela, conforme ensina Warat (2001, p.68) na identificação de que os notários, como agentes de pacificação social, devem atuar para transformar o conflito e também se transformar no conflito, graças à possibilidade assistida de poder olhar a partir do olhar do outro, e de se colocar no lugar do outro para entendê-lo melhor⁴¹⁵. A atuação como mediador, que se aplica aos notários, seria muito mais que a procura de um novo modo de ser profissional, é uma verdadeira atitude que todos precisamos ter diante da vida, o ofício de viver.

⁴¹² CARNELUTTI, Francesco. **Lite e funzione processuale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, 1928, p. 28.

⁴¹³ CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di Diritto Processuale Civile, 1928, p. 91.

⁴¹⁴ LIBMAN, Enrico Tulio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. Revista dos Tribunais, vol 767, ano 88, set/1999, p. 744.

⁴¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**, v 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 68.

A atuação deve ter por função a transformação do modo como as partes percebem o conflito, deve encontrar um meio de proporcionar às partes envolvidas no conflito um mecanismo pelo qual elas mesmas criem uma solução e que sejam capazes de lidar com a conflituosidade, que é inerente à qualquer relação⁴¹⁶.

3.5.3. Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil

Conforme o Parecer nº 1.111, de 2014, da Comissão Diretora responsável pela apresentação final da redação do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa), analisa-se o texto final do denominado Novo Código de Processo Civil, nos termos do texto consolidado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil⁴¹⁷, com as adequações propostas pelo Relator e os destaques aprovados pelo Plenário, tendo como objeto de pesquisa somente a atuação dos notários na gestão extrajudicial de conflitos.

Segundo a redação enviada para apreciação da Presidente da República e conforme indica o texto de apresentação da comissão de juristas que contribuíram para a elaboração do Novo Código de Processo Civil tem como principais objetivos criar mecanismos para racionalização e evolução da gestão de conflitos no Brasil: “o compromisso foi o de garantir a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação”⁴¹⁸.

Sobre o tema objeto desta pesquisa científica verifica-se que o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil não autorizou expressamente o Notário a atuar como gestor de conflitos no âmbito extrajudicial, entretanto, também não há nenhuma vedação no referido Projeto de Lei ou em outra legislação sobre a possibilidade desta atuação.

Não se pode deixar de mencionar que o Projeto de Lei que Institui o Novo Código de Processo Civil destinou uma seção inteira (10 artigos) para tratar especificamente da conciliação e da mediação.

A primeira norma do PL do Novo CPC que versa sobre o objeto do tema de investigação nesta dissertação é o §1º do art. 3º: “É permitida a arbitragem, na forma da

⁴¹⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos**. In: André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, v.3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 180.

⁴¹⁷ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 09h27min, horário de Brasília-DF-Brasil;

⁴¹⁸ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 10h01min, horário de Brasília-DF-Brasil;

lei”⁴¹⁹. Tal regra apenas torna explícito na legislação o que já era afirmado pela doutrina e jurisprudência, ademais, tal previsão reforça a legalidade e a constitucionalidade da arbitragem como mecanismo adequado de gestão de conflitos.

O § 2º do art. 3º do PL do Novo CPC prevê que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Esta norma fundamental do processo civil identifica a opção do legislador brasileiro em adotar as soluções pacíficas de controvérsias indicando, portanto que, não havendo incompatibilidade ou vedação legal, as soluções consensuais de gestão de conflitos devem sempre ser incentivadas pelo Estado. Este entendimento é reforçado com a previsão do §3º do mesmo art. 3º do PL do Novo CPC: “§ 3º 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”⁴²⁰.

No PL do Novo CPC o legislador fez a opção pela criação de órgãos dos tribunais que serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, além do desenvolvimento de programas que tenham por objeto a orientação e estímulo dos mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos⁴²¹.

Não se pode deixar de mencionar que o referido Projeto de Lei não atribui nenhum conceito à conciliação ou à mediação, entretanto, os §2º e §3º indicam os casos em que se devem utilizar a mediação e a conciliação, ou seja, a mediação para os casos em que

⁴¹⁹ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 20h43min, horário de Brasília-DF-Brasil;

⁴²⁰ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 20h47min, horário de Brasília-DF-Brasil;

⁴²¹ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 20h28min, horário de Brasília-DF-Brasil;

houver vínculo anterior entre as partes e a conciliação nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes.

O legislador demonstra preocupação com a efetividade dos dois mecanismos de gestão de conflitos e determina que é vedada a utilização de qualquer constrangimento ou intimidação para que as partes se conciliem, ou seja, busca dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade material, garantindo assim a isonomia no tratamento das partes envolvidas no conflito.

O art. 166, do referido Projeto de Lei expressamente apresenta os princípios da conciliação e mediação, que tendo em vista o tema objeto de estudo desta dissertação, não terão um aprofundamento na investigação, mas serão mencionados, em razão de um critério científico de demonstração das possibilidades ou não de atuação dos notários como gestores de métodos adequados e extrajudiciais de conflitos, em especial por indicarem uma possível contradição entre o princípio da publicidade notarial e o princípio da confidencialidade.

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais⁴²².

Analisando-se os referido artigo entende-se que os atos praticados pelos conciliadores e mediadores não devem obediência ao princípio da publicidade, ao contrário, são informados pelo princípio da confidencialidade. Tal informação, em tese, implica contradição com a necessidade de publicidade dos atos notariais, função este que é informativa e inerente à própria função notarial, que termina como regra a publicidade de todos os atos praticados no exercício da atividade notarial. Entretanto, tal contradição pode ser afastada pela norma que determina a publicidade, também como regra, nos atos judiciais.

⁴²² Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 20h40min, horário de Brasília-DF-Brasil;

Assim, o simples fato de previsão de atos com confidencialidade para a conciliação e mediação não implicam no afastamento da atuação do notário, mas mera exceção ao princípio da publicidade, que neste conflito aparente de normas, deve ser afastado para a aplicação da confidencialidade, que é princípio informador de todas as conciliações e mediações, sejam elas praticadas no âmbito judicial ou extrajudicial, essas últimas abrangendo as praticadas pelos notários, no exercício de sua função notarial.

Do art. 167, a principal análise deve ter por objeto o §6º⁴²³, que indica a adoção, como regra, de conciliadores que não pertencem ao quadro de funcionários públicos dos tribunais, ou seja, em regra, os conciliadores devem apenas preencher os requisitos de capacitação mínima por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça e realizar o registro e credenciamento nos termos indicados nos §2º e §3º, do referido artigo do Projeto de Lei.

Tal previsão indica a possibilidade de atuação dos notários como conciliadores, mediadores e árbitros, nos próprios centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão apenas órgãos criados pelos tribunais, para a atuação de conciliadores que pertençam ao quadro de funcionários dos referidos órgãos, fator que excluiria a possibilidade de atuação dos notários; e também de conciliadores e mediadores que não pertençam a quadro de funcionários dos referidos órgão, o que incluiria a atuação dos notários.

⁴²³ § 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 03.03.2015 às 10h01min, horário de Brasília-DF-Brasil;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito foi entendido como elemento necessário e inerente à evolução da sociedade, por tal motivo, não precisa nem deve ser solucionado, deve ser administrado, gerido, para que as mudanças decorrentes de sua instituição contribuam para a evolução social e concretização da justiça como valor principal da sociedade.

No mesmo sentido, a crise na justiça, caracterizada pela demora das decisões, alto custo da atividade jurisdicional, complicação procedimental, mentalidade dos juízes, falta de informação dos envolvidos no conflito, criação de uma verdadeira cultura aos meios adjudicatórios de gestão de conflitos, em especial da sentença, excesso de litigiosidade, falta de confiança na atuação judicial e outros elementos reconhecidos nesta investigação, não pode ser superada ou solucionada, deve ser administrada, pois essa crise pode ser considerada como um verdadeiro conflito entre a necessidade de prestação do serviço justiça com mais efetividade e os obstáculos que se apresentam à pacificação social, assim, a gestão deste conflito deve contribuir para a melhoria do direito fundamental de acesso à uma ordem jurídica justa.

Na busca por novas formas de distribuição de justiça verificou-se as diversas vantagens da atuação dos notários como agentes de pacificação de conflitos utilizando-se de mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão, afirmando-se, após a pesquisa, que é necessário encarar esta atuação sob o ponto de vista de uma perspectiva crítica, para indicação dos limites de atuação e do caminho a ser seguido na construção de uma efetiva institucionalização da atuação dos notários como mediadores, conciliadores e árbitros.

Ao afirmar que os notários podem atuar como agentes de pacificação social, como instrumentos de concretização dos mecanismos extrajudiciais e adequados de gestão de conflitos, não se está determinando que o problema do acesso à justiça está solucionado com esta simples mudança, entretanto, seguindo o ensinamento de Mauro Cappelletti, há dois modos de recusar uma mudança: o primeiro é simplesmente dizer não às reformas, o outro – talvez até menos ostensivo - , é exigir perfeição (o enfoque do tudo ou nada).

É necessário, portanto, criar uma verdadeira cultura da pacificação social, eliminando-se a falsa percepção de que os mecanismos extrajudiciais de gestão de conflitos são menos importantes que os mecanismos adjudicatórios, esses últimos tendo como expoente a sentença. É preciso que todos se conscientizem de que tanto a função judicial quanto a

extrajudicial têm como objetivo principal a pacificação dos conflitantes com critérios de justiça.

Os mecanismos aqui pesquisados devem ser tratados à luz da teoria geral do processo, com viés constitucional de amplo acesso à justiça, ou seja, é preciso que os mecanismos sejam instituídos sem uma formalização exagerada, mas como a aplicação de um devido processo legal mínimo, que garanta uma justa forma de distribuição de justiça com a atuação do notário.

O Estado Democrático de Direito não pode fornecer apenas a solução adjudicativa, que se concretiza com a prolação da sentença e que se desenvolve no âmbito do processo judicial; é preciso que o Estado forneça outras formas de gestão de conflitos, em especial, fora do judiciário, através dos mecanismos extrajudiciais, que além de pacificar o conflito consigam pacificar a relação que deu origem ao conflito, contribuindo para a realização de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Verificou-se que para a atuação dos notários como agentes de pacificação social no exercício da atividade notarial é necessária modificação legislativa, haja vista o princípio da legalidade. De outro lado, este mesmo princípio da legalidade, no âmbito privado, e tendo reconhecida a natureza privada do exercício da atividade notarial e a total compatibilidade entre o exercício das duas funções, permite a atuação dos notários como agentes de pacificação extrajudicial de conflitos, neste caso tendo como principal vantagem a formação jurídica e preparação contínua dos notários na prevenção de conflitos.

Em relação ao Projeto de Lei que institui o Novo Código de Processo Civil, entende-se, que em razão da omissão sobre a atuação dos notários como árbitros, conciliadores e mediadores, tal regulamentação deve ser feita em normas específicas sobre os métodos extrajudiciais de gestão de conflitos ou sobre normas federais ou estaduais que versem sobre a atuação dos notários e suas atribuições. Entretanto, verifica-se também que não há nenhuma proibição do referido Projeto de Lei, ao contrário, diversas normas incentivam direta e indiretamente a utilização de métodos extrajudiciais de gestão de conflitos.

Importante mencionar ainda que os notários poderão atuar nos centros judiciários de solução consensual de conflitos criados pelos tribunais, tanto na qualidade de notários, ou seja, no exercício da atividade notarial e registral, desde que mediante norma que autorize esta atuação, e desde que haja obediência ao princípio da territorialidade. De outro lado, os notários também poderão atuar como cidadão e profissional do direito que busca contribuir para a pacificação social, neste segundo caso, não se haveria a necessidade de

obediência ao princípio da territorialidade, podendo atuar em qualquer centro de solução consensual de conflitos do país. Não se pode deixar de mencionar ainda que os notários poderiam ainda exercer a conciliação e a mediação nas próprias serventias extrajudiciais, que poderiam funcionar como sede de centros de solução de consensuais de conflitos, criadas pelos tribunais e exercidas em caráter privado pelos notários, conforme já se é exercida toda a atividade notarial.

Importante destacar que nenhuma modificação legislativa ou institucional terá a capacidade de, por si só, implantar de forma real uma cultura da paz, é necessário que estas modificações estejam acompanhadas de mudanças culturais, de comportamento e, principalmente, de mentalidade das partes envolvidas nos conflitos.

As proposições científicas aqui abordadas não podem ser comprovadas em laboratório, haja vista o direito ser uma ciência que não se ocupa da natureza, assim, é preciso que a hipótese jurídica aqui levantada seja aplicada na sociedade, ou seja, é preciso criar elementos para que a técnica possa atuar a serviço da sociedade, para que o progresso científico corresponda ao progresso social, melhorando e aperfeiçoando os instrumentos de administração da justiça, com utilização dos notários não apenas como uma porta lateral de acesso à justiça, mas como instrumento de administração dos conflitos de forma adequada, célere, justa e econômica, que tem por principal escopo a pacificação social.

REFERÊNCIAS

- ABELLA, Adriana. Derecho Notarial. **Derecho Documental: responsabilidad notarial**. Buenos Aires: Zavalia. 2005.
- ACLAND, Andrew Floyer. **Cómo utilizar La mediación para resolver conflictos em las organizaciones**. Barcelona: Paidós, 1993.
- ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de. **História do Direito Português**. 1984/1985.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Orgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia e CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- ALVES, Cristiane Paglione. **Papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual**. 2013. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013.
- AMARAL, Maria Terezinha Gomes do. **O Direito de Acesso a Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- GARCÍA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc. **História del Derecho Notarial**. Trillas: México, 2000.
- AMORIM, José Roberto Neves; SILVEIRA, João José Custódio da (coord.). **A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2013.
- ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Giuffrè: Milano, 1.983.
- ANDRIGHI, Nancy. **A responsabilidade do estado pela violação do direito à justiça num prazo razoável**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 de novembro de 2012 às 10h05min (horário de Brasília/DF-Brasil).
- _____. **Formas Alternativas de Soluções de Conflitos**. Cf. Legal Institutions in Manchú China, Van der Sprenkel, 1962.
- ARANTES, R. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, L.; Cintra, A. O. (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007.
- ASSIS, Araken de. **O Direito Comparado e a Eficiência do Sistema Judiciário**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 43, p.9-25, 1994.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

_____. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

AZEVEDO, André Gomma; SILVA, Cyntia de Carvalho. **Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos**. Revista do Advogado, ano 26, n. 87, set./2006.

BACELAR, Roberto Portugal. **Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos, Estruturação da Política Judiciária Nacional – CNJ**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Nacional – O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo**. Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Privatização do Processo?** In: Temas de Direito Processual Civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Efetividade do Processo e técnica processual**. Temas de direito processual civil, v. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 8ª ed. Renovar: Rio de Janeiro. 2006.

BASSO, Maristela. **Arbitragem em e-business e mecanismos on-line de solução de controvérsias**. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 0, julho-outubro 2003.

BATESON, Gregory; RUESCH, Jurgen. **Comunicacion: la matriz social de La psiquiatria**. Buenos Aires: Paidós, 1965.

BECK, Aaron T e FREEMAN, Arthur. **Terapia cognitiva dos transtornos de personalidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BIBLIA SAGRADA. São Paulo: Paulinas Editora, 2005.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: UNB, 1988.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Itamaraty. **Barreiras Jurídicas, Administrativas e Políticas as Investimentos no Brasil**, v. I, jun. 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, 1. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Eduardo. **A viagem do descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabral**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **II conceto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di Diritto Processuale Civile, 1928.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. **Acesso à Justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, nº 74, abr-jun. 1994.

_____. **Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas**, Revista Forense, n. 318.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Departamento de Direito Processual, 1990.

_____. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

- _____. **Lite e funzione processuale.** Rivista di Diritto Processuale Civile, 1928.
- CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira.** Salvador: Tribunal de Justiça, 1997.
- CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis.** Rio de Janeiro: Forense, Rio, 1982.
- CASTILLO, Niceto Alcará Zamola y. **Proceso, autocomposición y autodefesa.** México: Universidad Nacional Autónoma de México. 3ª ed. 1991.
- CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento Administrativo Tributário.** São Paulo: Editora Atlas, 1996.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia.** Ed. Ática, São Paulo, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: RT, 16ª ed. 2000.
- _____. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Teoria geral do processo.** 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- CORRAL, Idelfonso L. Garcia; TOST, Francisco, em tradução do latim para o espanhol e versão para o português, **De tabellionibus et ut protocolla dimittant in chartis do Manuscriptum Florentium,** Séc. VI.
- COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar.** 5ªed. Brasília:Brasília Jurídica, 2005.
- COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **Perspectivas da função notarial no Brasil.** Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul, 1973.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Da arbitragem e seu conceito categorial.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, nº 98, 1988.
- CRISTIANI, Cláudio Valentim. **O Direito no Brasil Colonial.** In: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça.** São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, Ovídio Baptista. **O notariado brasileiro perante a Constituição Federal**. In: Revista de Direito Imobiliário, nº 48, ano 23, janeiro-junho de 2000.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro**. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese (doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2007.

DIAS, Maria Berenice e GROENINGA, Gisselle. **A mediação no confronto entre direitos e deveres**. Revista do Advogado, nº 62, março de 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V.I, 8ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivim, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. v.1. São Paulo: Malheiros. 2010.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, Malheiros Editores, 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol 1. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2º volume: teoria geral das obrigações. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem nas sociedades anônimas**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, janeiro-março, 2003.

FARIA, José Eduardo. **A crise do poder judiciário no Brasil. Justiça e Democracia**, São Paulo, n.1, jan./jun. 1996.

_____. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2014 às 11h32min.

_____. **Direito e justiça**. São Paulo: Ática, 1989.

FAVELA, José Ovalle. **Teoria general Del proceso**. México: Oxford University Press. 5ª ed. 2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e (em) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19ª. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil – volume II – obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2ª Ed. Tradução Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FIUZA, CÉSAR. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 31.

FLACH, Marcelo Antônio Guimarães. **Responsabilidade Civil do Notário e do Registrador**. Porto Alegre: Editora AGE, 2004.

FLAKS, Luís Loria. **A arbitragem na reforma da lei das S/A**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 131, julho-setembro, 2003.

FOLEY, Glaucia **Falsarela. Justiça Comunitária: por uma justiça de emancipação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

FOLGER, Joseph P; JONES, Tricia S. **Nuevas direcciones em mediación: investigación y perspectivas comunicacionales**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

FOLLMER, J. **A Atividade Notarial e Registral Como Delegação do Poder Público**. Bahia: Norton. 2004.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. **Direito Fundamental à duração do processo por prazo razoável**. Revista Eletrônica de Direito/Unesp, Franca, v. 1, n. 2, 2011a.

FUX, Luiz; NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa (Org.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT. 2006.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. Ada Pellegrini

Grinover e Kazuo Watanabe (Coord.). Coleção MASC - Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GOMMA, André (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v.3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

GALANTER, Marc. **Compared to what? Assessing the quality of Dispute Processing**. *Denver University Law Review*. v. 66, 1989.

GALLIANO, A. G. O. **Método científico: teoria e prática**. São Paulo: Habra, 1979.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento; GOMES NETTO, André (Coord.). **Aspectos históricos e pontos contemporâneos relevantes: Direito notarial e registral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973.

_____. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil)**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 10 – jul./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo**. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1988.

GROENINGA, Gisselle Câmara. **Direito de Família e Psicanálise – O direito a ser humano**. São Paulo: Editora Imago, 2003.

_____. **A contribuição da mediação interdisciplinar – um novo paradigma para a conciliação**. *Revista do TRT 2^a Região*, 2011.

GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 4^a ed. Madrid: Civitas S.A., 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17^a ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995.

HARADA, Kiyoshi. **Poder judiciário em crise**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v.6, n.12, jul./dez. São Paulo: s. ed. 2002.

HESPANHA, Antônio Manuel, **Panorama Histórico da cultura jurídica Européia**, Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HOTE, Rejane Soares. **A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campo dos Goytacazes*, Ano VIII, n. 10, junho de 2007, p. 469. Disponível em:

<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>>.
Acesso em: 04 de novembro de 2012 às 21h13min (hora de Brasília/DF).

JARDIM, Mônica. **A privatização do Notariado em Portugal**. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 58, 2005.

KOVACH, Kimberlee K. **Mediation: Principles and Practice**. 3ª ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia de pesquisa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LARRAUD, Rufino. **Curso de Derecho Notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1966.

LEDERACH, Jonh Paul. **Enredos, pleitos y problemas: Uma guia prática para ajudar a resolver conflictos**. Guatemala: Ediciones Clara-Semilla. 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade – Mediação, Arbitragem e Conciliação**, vol 7, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 9ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

LIBMAN, Enrico Tulio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. Revista dos Tribunais, vol 767, ano 88, set/1999.

_____. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1992.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem – a solução**. Rio de Janeiro: Forense/EMERJ, 1994.

LOPES, J. de Seabra. **Direito dos Registos e do Notariado**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: Garantias Constitucionais do processo civil, São Paulo, Revista dos tribunais, 1999.

MACHADO, Antonio Augusto. **Arbitragem e Acesso à Justiça**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC, 2001.

MARCACINI, Augusto Távora Rosa. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 1999, sob a orientação do Professor Luis Carlos de Azevedo.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado – Parte incontroversa da demanda**. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 1 ed. Campinas: Revista do Tribunais - Millennium, 2000.

_____. **Manual de direito processual civil**, v.1. 2ª ed. Campinas: Millennium, 1998.

MARTINS, Cláudio. **Teoria e Prática dos Atos Notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (coord). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. **A instituição notarial: no direito comparado e no direito brasileiro**. Fortaleza: Casa José de Alencar/UFC, 1998.

MELO, Gustavo de Medeiros. **A tutela adequada na reforma constitucional de 2004**. Revista de Processo, ano 30, n.124, jun. 2005. São Paulo.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Theorico e Pratico das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B,L GARNIER,11 VREIRO- EDITAR 71, 1889.

MENEZES, Marcelo Paes. **A crise da Justiça e a mediação**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte jan./jun. 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame**. São Paulo: RT. 2005, v. 1, p. 62;

MENKEL-MEADOW. **Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution**. In: MOFFIT, Michael L e BORDONE, Robert C. (coord.). *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MOFFIT, Michael L e BORDONE, Robert C. (coord.). **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Propostas para o anteprojeto do Código de Processo Civil**. *Jornal do Notário - Ano XII - nº138*, jun. 2010.

MYERS, David. **Introdução à psicologia geral**. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995.

NALINI, José Renato. **Implicações éticas nas alternativas de resolução de conflito**. in: SILVEIRA, João José Custódio da e AMORIM, José Roberto Neves. *A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o Conflito e a Solução**. São Paulo: Ed. Arte Paubrasil, 2000.

NEDER, Mathilde. **A Mediação como forma de resolução de conflito**. Trabalho conjunto apresentado no XXVI Congresso Panamericano de Psicologia, São Paulo, 1997.

NERI, Argentino. **Tratado Teórico e Prático de Derecho Notarial**, v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1969.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: RT, 2002.

NETO, Adolfo Braga. **Mediação e Gerenciamento do Processo: Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Elaine Berini da Costa. **Regime jurídico dos escreventes e auxiliares dos cartórios extrajudiciais, notariais e de registro**. v.70. São Paulo: Revista LTr, abril de 2006.

OWEN, Fiss. **Contra o Acordo**. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. De tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PACELLI, Eugenio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo. Barueri: Editora Manole, 2002.

PEREIRA, Isaías da Rosa. **O Tabelionato em Portugal, Notariado Público y Documento Privado: de los orígenes al siglo XIV**. Valência: Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática. 1986.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo**. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Por uma justiça acessível, efetiva e democrática**. Disponível em: <<http://www.sindadvogados-rj.com.br/19042005justica.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2012, às 09h55min (horário de Brasília/DF-Brasil).

POISL, Carlos Luiz. **Em Testemunho da Verdade: lições de um notário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2006.

PONDÉ, Eduardo Bautista. **Origen e Historia Del Notariado**. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1967.

PUGLIESE, Roberto J. **Direito Notarial Brasileiro**. São Paulo: LEUD, 1989.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RANGÉ, B. (Org.) **Psicoterapia comportamental e cognitiva de transtornos psiquiátricos**. Campinas: Psy, 1995.

RAPOSO, Mário. **O notariado**. In revista do Notariado. Lisboa ano 1986.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Nueva Filosofía de la interpretacion del derecho**. 2.ed. México: Porrúa, 1973.

REUBEN, Richard. **Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice**. UCLA L. Vol. 47.

REZENDE, Afonso Celso F. e CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 5ª.ed. Campinas: Millennium, 2010.

REZENDE, Afonso Celso F. e CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 5ª.ed. Campinas: Millennium, 2010.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende, **Regulação da Função Pública Notarial e de Registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBERT, Putnam. **Bowling alone: The collapse and revival of American community**. New York: Simon and Shuster, 2000.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário: “Os dez anos da Constituição Federal e a construção da Democracia no Brasil**, Konrad-Adenauer-Stiftung, Debates, ano 1999, nº 20, São Paulo, 1999.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSSI, Lívia. **A arbitragem na lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, janeiro-março, 2003.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Gzed, 2010.

SALLES, Carlos Alberto. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. **O moderno conceito de acesso à Justiça**. Revista Forense, vol. 376.

SANDER, Tatiane. **A Atividade Notarial e sua Regulamentação**. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=683>>. Acesso em: 06.06.2012, às 23h18min.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen. **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 1999.

SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo, SP: E. V., 1994.

SILVA, Antônio Augusto Firmino da. **Compêndio de temas sobre direito notarial**. São Paulo: Bushatsky, 1979.

SILVA, João Teodoro da. **Função Notarial da Atualidade: importância e forma de atuação do notário**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Nelson Finotti. FRANZÉ, Luis Henrique Barbante e GARCIA, Bruna Pinotti. (Org.). **Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Editora CRV, 2013

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SILVEIRA, João José Custódio da e AMORIM, José Roberto Neves. **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico**. In: Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. Org. SPENGLER, Fabiana Marion e NETO, Theobaldo Spengler. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

SUARES, Marinés. **Mediación: Conduccion de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Ed. Método, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário (com ênfase à Justiça do Trabalho): emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Editora LTr, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do judiciário: reflexões e prioridades**. Consulex: Revista Jurídica, v.5, n.112, set. 2001.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, vol. I. 45ª edição: São Paulo:Forense. 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Curso de direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, Vol. I. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOLEDO, Armando Sérgio Prado, TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Processo, São Paulo, ano 16, nº 63, 1991.

WARAT, Luís Alberto. **Ecologia, psicanálise e mediação**. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. **O ofício do mediador**, v 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada P. et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Modalidades de Mediação**. Séria Cadernos do CEJ, n.22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001.

_____. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional Para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional – CNJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

YARCHELL, Zanoide (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

ZAFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.