

A ATUAÇÃO DOS NOTÁRIOS NOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ARBITRAGEM E DA MEDIAÇÃO PARA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ana Carolina Bergamaschi Arouca*

Sumário: 1 Introdução; 2 A dignidade da pessoa humana; 3 Mediação; 3.1 Conceito; 3.2 Características; 4 Arbitragem; 4.1 Conceito; 4.2 Características; 4.3 Diferenças e similitudes entre os institutos; 5 Atividade notarial; 5.1 Natureza jurídica; 5.2 Atribuições e competências dos notários; 5.3 Atuação dos notários como mediadores e árbitros para garantia da dignidade da pessoa humana; 6 Considerações finais.

Resumo: A globalização quebrou barreiras e deu origem a uma grande quantidade de relações interpessoais, em sua maioria, efêmeras. Hodiernamente, tudo acontece mais rapidamente no mundo, o que gera conflitos que precisam ser resolvidos de forma célere. Contudo, o modelo atual de resolução de conflitos e a estrutura do Poder Judiciário são insuficientes para atender o número crescente de disputas e, assim foi iniciado um processo de desjudicialização das demandas com a edição de inúmeras leis que criaram métodos alternativos de resolução de conflitos, inclusive de mediação e arbitragem, que apresentam bons resultados em países da Europa. No Brasil estes métodos alternativos enfrentam dificuldades, pois são pouco utilizados e carecem de credibilidade por parte da população. Seria de grande valia o aproveitamento da capilaridade dos serviços notariais, que estão presentes em quase todos os municípios brasileiros, e da estrutura, conhecimento jurídico, confiabilidade e fé pública de que são dotados os tabeliães de notas. Em que pese o preparo destes profissionais do Direito e a contribuição imensurável para a garantia da dignidade da pessoa humana por meio de resoluções rápidas de conflitos com um bom assessoramento das partes e segurança jurídica ainda não há uma legislação específica que os autorizem a atuar nesta seara e, tampouco, é consenso entre os estudiosos do Direito sua participação na mediação e arbitragem. Um novo paradigma deve ser quebrado para que os notários possam ser vistos como fortes colaboradores do Poder Judiciário e garantidores dos direitos fundamentais para a criação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Disputas. Mediação. Arbitragem. Notário. Dignidade da pessoa humana.

* Doutoranda em Direito Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito Civil. Especialista em Direito Público, Civil e Registral Imobiliário.

1 Introdução

A globalização tem como um de seus efeitos a maior interação entre as pessoas, em especial pela via digital, aumentando sobremaneira a realização de negócios e relações pessoais das mais diversas espécies. Com a rapidez com que as relações se iniciam e se extinguem houve um aumento considerável de conflitos pessoais que necessitam de uma solução célere, econômica e segura.

Com a nova realidade fática, influenciada pela globalização, ganha espaço o processo de correta valoração das necessidades e aspirações da sociedade pelo Estado que, por intermédio dos representantes do povo, estabelecem normas e regras jurídicas eficazes de forma a satisfazer as pretensões sociais.

Os anseios sociais pela pronta solução dos inúmeros litígios existentes contribuíram para a quebra de paradigmas, se instalando a necessidade de revisão da dinâmica dos métodos de resolução das lides, para deste modo reduzir as burocracias, bem como o tempo necessário para o trâmite legal dos procedimentos e otimizar as soluções viabilizadas pela prática extrajudicial, em especial a notarial.

Assegurar ao cidadão a efetiva solução da lide, garantindo a dignidade da pessoa humana, que se traduz em um princípio fundamental no artigo inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo célere e com segurança jurídica, tem sido o grande desafio do Estado moderno.

A longa espera em busca da tutela jurisdicional, que acarreta muitas vezes em perda do direito fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ao longo dos anos o Poder Judiciário tem promovido uma série de medidas visando a modernização de sua gestão administrativa para acabar com a excessiva litigiosidade e a lentidão dos processos judiciais ocasionada pelas formalidades processuais.

Mesmo com a adoção de variadas medidas judiciais, como os juizados especiais e as tutelas diferenciadas para a desobstrução do Poder Judiciário que se mostraram de extrema relevância para o aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro, o que se deve ter em mente é que, observando as experiências das grandes potências mundiais, o acionamento da máquina

judiciária deve ser a última alternativa das partes e não a primeira como é praxe em nosso país.

O novo paradigma que está se formando é a utilização precípua dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias como a mediação e a arbitragem, voltados à pacificação social por meio da composição dos conflitos.

Foi iniciada uma nova fase no Direito Brasileiro com a edição da inovadora Lei Federal nº 9.307/96, que regula a arbitragem no Brasil e mais recentemente a Lei nº 13.140/15, que disciplina a mediação, e o novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105/15, permitindo maior celeridade e maior desburocratização da resolução das pretensões resistidas.

Contudo, após a criação da referida Lei de Arbitragem foi preciso operacionalizar a norma positivada e houve a criação das Câmaras ou Conselhos de Arbitragem, instituições devidamente organizadas, porém presentes apenas em grandes centros, deixando desamparada a população mais carente e iletrada dos pequenos municípios.

Uma das soluções existentes para o amplo conhecimento e acesso da população aos meios alternativos de solução de litígios seria a utilização dos tabeliães de notas, que pela capilaridade da distribuição dos serviços notariais existentes em praticamente todos os municípios do Brasil, poderiam contribuir, sobremaneira, para a disseminação da cultura da mediação e arbitragem, acrescentando ainda, que estes profissionais são detentores de fé pública, conhecimento jurídico e têm grande confiança da população.

A atividade extrajudicial notarial está prevista constitucionalmente no artigo 236 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e alicerçada em princípios gerais do direito, princípios específicos da área notarial e regras positivadas. Os princípios e regras da área notarial estão previstos em diversos diplomas legais, em especial na Lei nº 6.015/73 dos Registros Públicos e na Lei nº 8.935/94 dos Registradores e Notários.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve grande mudança no cenário notarial que passou a ser uma função pública exercida em caráter privado por particulares, operadores do Direito, selecionados por rigoroso concurso de provas e títulos, investidos na função pelo Estado, dotados de fé pública e fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Precipualemente os tabeliães de notas atuam na esfera preventiva de litígios, ouvindo as partes, atuando como conciliadores quando necessário, equilibrando a relação jurídica,

orientando sobre qual a forma jurídica adequada à vontade das partes e saneando o ato, de forma a rechaçar eventuais vícios que possam macular o instrumento.

Contudo, importante ressaltar, que não há previsão jurídica que impeça a atuação dos notários na seara da mediação e arbitragem, onde já existe um conflito instalado, devendo apenas ter uma adequação da legislação específica de notas disciplinando esta atividade.

Hodiernamente, a prática da mediação e da arbitragem na esfera notarial tem sido muito tímida, apenas em pontos isolados do país e de forma experimental, todavia, necessário haver incentivo do Estado, do Poder Judiciário e das próprias entidades de classe para que esta prática torne-se costumeira atingindo o fim esperado dos meios alternativos de solução de litígios que é a pacificação dos conflitos e a justiça social para toda a população indistintamente.

2 A dignidade da pessoa humana

Primeiramente, tratar-se-á da dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana que se traduz em vetor para toda legislação brasileira, norteando a positivação seja, constitucional ou infraconstitucional das normas sempre no sentido de que sejam garantidoras dos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) conceituou juridicamente a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A dignidade humana é um direito fundamental que antecede o surgimento do próprio Estado. É um princípio supranormativo que não pode ser restringido pelo legislador em face de seu caráter absoluto, e, diante da colisão com outros princípios, “seu peso ou importância”,

segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39-40) tende a ser maior, devendo o caso concreto ser analisado com a devida cautela.

O princípio da dignidade da pessoa humana está garantido quando atendidos os anseios de determinada sociedade em determinada época, pois as relações pessoais estão em constante mutação, assim como o Direito e somente pode-se mensurar o que é uma vida digna analisando todo o panorama da realidade fática existente.

Atualmente, as declarações de direitos internacionais, os tratados internacionais, e as constituições de diversos países com conteúdo substancial sobre os direitos e garantias fundamentais, asseguram a dignidade da pessoa humana e a manutenção da vida em sociedade, sendo esta conquista um importante avanço da civilização, conforme os dizeres de Bobbio (2004, p. 21): “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana ao mais alto patamar dos direitos fundamentais, que dão suporte e asseguram o cumprimento deste princípio supranormativo. E os direitos individuais que compõem o conceito de dignidade da pessoa humana são intangíveis, não podendo ser banidos do ordenamento jurídico, pois são considerados cláusula pétrea por disposição expressa do constituinte originário.

A proteção dos direitos humanos se faz necessária em qualquer época e em qualquer sociedade do mundo e a violação do princípio fundamental da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, é condenada por institutos internacionais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (adotada pelo Conselho da Europa em 04 de novembro de 1950, entrando em vigor em 1953), que em seu artigo 6º, inciso I, dispõe que todo ser humano tem direito à prestação jurisdicional em prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, podendo os países signatários ser condenados à reparação do prejuízo causado ao indivíduo pela demora na prestação jurisdicional.

Alinhada a este pensamento está a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada em São José da Costa Rica no dia 22 de novembro de 1969, a qual o Brasil é signatário, onde consta a previsão no artigo 8º, inciso I, de que todo indivíduo possui a

garantia fundamental da devida prestação jurisdicional, condenando o atraso na prestação jurisdicional.

Na sociedade brasileira atual os cidadãos terão garantida a dignidade da pessoa humana se tiverem respeitados os seus direitos individuais, bem como os difusos e coletivos e a morosidade do Poder Judiciário, em qualquer espécie de demanda, fere ainda mais os direitos já violados e atinge outros direitos fundamentais que deveriam estar preservados. Nesta seara, a mediação e a arbitragem transformam-se em importantes instrumentos de garantia da dignidade humana por garantir um julgamento justo e digno, com um limite temporal razoável assegurando efetividade às normas constitucionais e infraconstitucionais e ainda como efeito reflexo aproximam os cidadãos do Poder Judiciário e enaltecem a segurança jurídica das decisões.

Apesar das abalizadas críticas quanto à extensão e quanto ao conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ela se apresenta como uma das mais completas constituições do mundo no tocante à positivação dos direitos e garantias inerentes à dignidade da pessoa humana. Cabe, agora, torná-los uma realidade no cotidiano da sociedade brasileira.

3 Mediação

3.1 Conceito

A Mediação é uma técnica alternativa ao sistema tradicional do Poder Judiciário, em que a lide é resolvida por meio da composição das partes conflitantes, onde ambas as partes auferem vantagens. Teve origem nos Estados Unidos da América há mais de 40 (quarenta) anos e devido ao seu sucesso o instituto foi exportado para diversos países como Canadá, França, Argentina, Portugal, Espanha e Inglaterra.

Trata-se de uma técnica consensual e voluntária de resolução de conflitos de interesses entre pessoas físicas e/ou jurídicas, na qual são utilizados métodos psicológicos para que uma terceira pessoa, estranha ao fato, denominada mediadora, participe do diálogo entre as partes litigantes para orientá-las sobre qual seria a melhor forma de solução do litígio, ajudando-as a analisar o real interesse que está originando o litígio e a impossibilidade de acordo entre elas.

Na mediação o terceiro neutro e imparcial irá restabelecer ou aproximar e facilitar a comunicação entre as partes, pois esta foi prejudicada ou interrompida pelo surgimento da desavença. Os litigantes serão auxiliados pelo mediador a encontrarem novas opções de acordo, e por vezes, mais amplas do que as pensadas no início da tentativa de negociação e desta forma, surge uma nova oportunidade de as partes alcançarem uma solução vantajosa para ambas, mantendo o poder decisório sobre a questão em suas próprias mãos.

3.2 Características

Qualquer pessoa capaz, física ou jurídica, pública ou privada poderá convencionar a utilização da mediação por meio da cláusula compromissória de mediação ou compromisso de mediação, que é uma cláusula escrita prevista em contratos ou em instrumento apartado, em que as partes contratantes se submetem à resolução alternativa de disputas (RAD), consistente na mediação dos conflitos de interesses que eventualmente possam surgir.

As partes poderão convencionar que a mediação será na modalidade “*ad hoc*”, forma em que as partes, de forma consensual e voluntária, nomeiam o mediador imparcial e de sua confiança, definem as regras e o modo de administração da mediação; “*institucional*”, por meio das regras de mediação de uma Instituição especializada; e, “*judicial*”, utilizada por diversas comarcas brasileiras, a fim de garantir maior celeridade aos processos, inclusive àqueles já instaurados.

É lícita a mediação em toda matéria que trate de direito disponível que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo, com observância dos princípios fundamentais de direito, da ordem pública e do integral respeito aos valores humanos.

Não há um rol taxativo para as questões passíveis de mediação e apenas a título exemplificativo podemos citar: as relações de consumo, ambientais, escolares, trabalhistas (por exemplo, a lei que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e empresas - Lei nº 10.101/00 - faculta às partes, em caso de impasse, o uso da mediação), comerciais, internacionais (questões entre Estados soberanos, bem como nas relações privadas), comunitárias, familiares (nos casos em que inexistente filiação, a mediação poderá cooperar para a resolução da dissolução do casamento, questões entre irmãos, primos, tios, sobrinhos), empresariais e organizacionais (contratos de forma geral, celebrados entre pessoas jurídicas), terceiro setor (entre entidades, voluntários, funcionários, coordenadores, membros da

diretoria), e em situações criminais decorrentes de crimes de menor potencial ofensivo (lesões corporais, ameaças, crimes contra a honra, maus tratos, contravenções como as de perturbação do sossego ou da tranquilidade alheia).

Para se formar o cenário da mediação, indispensável se faz a presença do mediador, que no desempenho de sua atividade, deverá estar dotado de imparcialidade, não possuindo qualquer interesse no resultado do conflito, competência, isto é, estar devidamente habilitado para auxiliar as partes, independência para agir de acordo com seu livre convencimento, diligência, atuando com prudência, bom senso, razoabilidade e confidencialidade, preservando o sigilo dos fatos que tomou conhecimento em razão da mediação, salvo se acordado o contrário pelas partes ou exigido pela lei.

Uma das principais características da mediação é a pacificação social, que pode ser entendida como a construção de uma cultura de paz com a resolução dos conflitos de forma que não existam “perdedores” e “ganhadores” em razão da imposição de uma solução, mas que haja uma decisão amigável, negociada e por isso, menos gravosa para ambas as partes evitando que estas fiquem em polos opostos como inimigos e prevenindo novos conflitos com a paz estabelecida na relação interpessoal.

A pacificação social é um dos objetivos da República Federativa do Brasil e para ser alcançada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 3º, inciso I estabelece como diretriz a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e assim estaria garantida a convivência harmônica entre os indivíduos que têm garantidos os seus direitos.

Por fim, cumpre salientar que a escolha dos conflitantes pela mediação não afasta a possibilidade de pleito por estes perante o Poder Judiciário, que somente ficaria como segunda opção para a resolução do conflito.

4 Arbitragem

4.1 Conceito

A arbitragem, juntamente com a mediação é uma modalidade de resolução alternativa de disputas (RAD) e seu conceito foi bem definido nas palavras de Marco A. Rufino (1992, p.

33): “El juicio arbitral es un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder judicial por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria”.¹

Para que seja instaurada a arbitragem, assim como a mediação deve haver consensualidade e voluntariedade das partes participantes. Por ser um meio alternativo de solução de conflitos em detrimento da atuação do Poder Judiciário, somente podem ser dirimidos litígios sobre direitos disponíveis em que as partes, maiores, capazes, físicas ou jurídicas indicam uma ou mais pessoas de sua confiança para decidir o litígio atual ou futuro de forma definitiva.

Na arbitragem as partes abdicam de seu poder de negociação, concedendo poderes de decisão a um terceiro imparcial e conhecedor da matéria objeto do litígio havendo uma verdadeira substituição do magistrado pela figura do árbitro.

4.2 Características

A arbitragem há muito tempo está presente em nosso ordenamento jurídico, já havia previsão nas Ordenações Filipinas e no plano constitucional esteve presente nas Constituições de 1824, 1934 e 1937 deixando de ser prevista nas Constituições de 1891, 1946, 1967, 1969 e 1988.

O atual Código Civil Brasileiro trata da arbitragem, bem como o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, e mais recentemente a matéria também está disciplinada no Novo Código de Processo Civil que entra em vigor em março de 2016 acompanhando a tendência de resolução adequada dos conflitos regulamentada no Brasil pela Lei Federal nº 9.307/96, que trouxe grandes inovações ao equiparar os efeitos jurídicos da sentença arbitral aos de uma sentença judicial, não se fazendo necessária sua homologação perante o Poder Judiciário, salvo as decisões arbitrais estrangeiras sujeitas à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

¹ O julgamento arbitral é um substituto para a jurisdição em que os árbitros têm atribuição para fundamentar e decidir demandas não exclusivamente reservadas ao Poder Judiciário por procedimento em que prevalece a liberdade de formas e que se reveste de forma obrigatória quando as partes não tenham convencionado por meio de uma cláusula de arbitragem.

Segundo as disposições da Lei nº 9.307/96 para invocar o juízo arbitral é necessário a preexistência de um contrato entre as partes onde ficou convencionada a cláusula compromissória arbitral por escrito ou em instrumento apartado.

A utilização da arbitragem para fins de extinção do litígio independe do valor envolvido na controvérsia em questão.

As pessoas envolvidas em conflitos de interesses poderão submeter à arbitragem questões que envolvam direitos disponíveis, isto é, que possam ser avaliadas e quantificadas economicamente, detendo as partes poderes para abrir mão desses direitos, transigir, prevalecendo a autonomia privada, sem intervenção do Estado.

Apenas a título exemplificativo poderão ser dirimidos conflitos sobre as seguintes questões: marítima, portuária e aduaneira, seguros e franquia, relações condominiais e de consumo, mercado acionário, finanças e economia, transportes e telecomunicações, energia, petróleo e gás natural, prestação de serviços, arquitetura, engenharia e agronomia, medicina e odontologia, direitos autorais, propriedade intelectual e conflitos desportivos, atividades bancárias, avaliações e perícias, comércio eletrônico, tecnologia da informação, questões empresariais, civis e internacionais, societário e imobiliário, administração de empresas e terceiro setor, administração pública (licitação, concessão de serviços, parceria público-privadas), relações capital x trabalho, família (discussão e revisão quanto à partilha dos bens).

De acordo com Sílvio Rodrigues (1980, p. 271): “A finalidade do compromisso é, assim, substituir o juízo comum pelo arbitral, confiando a pessoas não necessariamente pertencentes ao judiciário a solução de seus litígios”.

4.3 Diferenças e similitudes entre os institutos

O instituto da arbitragem difere da mediação na medida em que a obtenção do resultado da mediação é sempre fruto de uma decisão negociada e alcançada pelo diálogo cooperativo das partes incentivadas pelo mediador. Noutra flanco, a arbitragem se assemelha a um processo judicial com a diferença de que ao invés da questão litigiosa ser administrada pelo Estado é administrada por uma câmara de arbitragem, que atua como um Poder Judiciário, como um fórum privado.

A adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos de mediação e de arbitragem proporcionam vantagens semelhantes àqueles que a eles aderem voluntariamente.

Ambos os institutos são dotados de flexibilidade, informalidade, oralidade e celeridade por serem procedimentos simplificados e, em alguns casos, sem possibilidade de interposição de recursos.

A economia é outra característica importante dos métodos alternativos de solução de conflitos, em razão de sua informalidade e agilidade na extinção da lide, evitando os altos custos dos processos judiciais necessários para a movimentação da máquina estatal.

Os mediadores e árbitros devem ser pessoas imparciais dotadas de capacitação técnica e habilidade de negociação, características essenciais para facilitação do diálogo e obtenção de êxito na resolução do problema. Devem sempre ser guiados pelos princípios da decisão informada, independência, autonomia, empoderamento, validação, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

Com exceção dos casos em que a lei exige ou em que haja prévia autorização das partes o mediador e o árbitro têm o dever de manter sigilo sobre qualquer fato, documento ou situação ocorrida no procedimento de mediação, não podendo, inclusive, servir como testemunha em posterior arbitragem ou processo judicial.

A segurança jurídica é atributo da decisão prolatada na arbitragem e do acordo obtido na mediação que reduzido a termo e assinado por duas testemunhas, constituem títulos executivos extrajudiciais, ou seja, se não forem cumpridos espontaneamente, poderão ser executados judicialmente.

Vige na esfera da mediação e da arbitragem a autonomia privada, cabendo às partes a opção pelas vias alternativas ou pela via judicial, podendo escolher livremente pessoa de sua confiança para participar do conflito. A escolha do mediador ou árbitro deve ser consensual e voluntária.

A Resolução nº 198/14 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o sexênio 2015-2020, destaca a importância da efetividade na prestação jurisdicional, e tem como objetivo a justiça mais acessível, desjudicialização e descongestionamento do Poder Judiciário que podem ser alcançados com a mediação e com a arbitragem quando prestadas de forma correta e segura.

5 Atividade notarial

5.1 Natureza Jurídica

Para discorrer sobre a função do notário é preciso entender a instituição notarial e por isso, é importante uma breve passagem pela natureza jurídica do serviço notarial, pois, entende-se de forma pacífica, que os serviços de notas não possuem personalidade jurídica, portanto não são empresas ou entidades, não possuem patrimônio, nem tem capacidade processual.

A outorga da delegação de notas é feita a uma pessoa natural, que exerce a função em caráter privado, correspondendo à atividade jurídica.

Os atos inexatos ocorridos no serviço de notas têm, na figura física do titular, o centro de toda a responsabilidade civil. Pelo fato do notário estar na qualidade de agente delegado pelo poder público ele responde por qualquer dano causado a terceiros.

Os tabelionatos de notas têm a condição de ente fictício, em que pese serem obrigados a ter um cadastro de pessoa jurídica na Receita Federal, não possuem personalidade jurídica, constituem apenas unidades de serviços notariais e seu titular deve ter sido aprovado por concurso público de provas e títulos, recebendo assim, a delegação do Estado para o exercício de sua atividade em caráter privado, conforme dispõe o artigo 236 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os notários são representantes do poder público na categoria de agentes delegados, isto é, pessoas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal, sem, contudo, serem considerados funcionários públicos, pois não exercem cargos públicos e não recebem do poder público qualquer provento.

5.2 Atribuições e competências dos notários

Por atribuição entende-se o conjunto de poderes e faculdades conferidos a alguém para a prática de determinados atos previstos em lei. Já competência é a esfera de atuação, estabelecida em lei, de determinada pessoa.

As atribuições e competências funcionais do tabelião de notas estão disciplinadas na Lei Federal nº 8.935/94, que regulamentou a atividade notarial.

O tabelião de notas ou notário² é um profissional dotado de conhecimento jurídico adquirido tanto pela formação em direito, como pela experiência prática na área durante o período de dez anos e são denominados na lei como profissionais do direito.

O conceito de serviço notarial foi bem explicado por Walter Ceneviva (2002, p. 46):

O vocábulo *serviço* caracteriza, no título de abertura da Lei nº 8.935/94, o trabalho técnico desenvolvido sob as ordens de um delegado do Poder Público, para exclusivo cumprimento de funções ali indicadas, delegado esse atuando com independência, mas sujeito à fiscalização do Poder Judiciário.

O serviço notarial visa garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos e para atingir esse fim o notário tem que cumprir com eficiência sua atividade de compatibilizar com a lei a vontade das partes.

O notário possui competência para formalizar juridicamente a vontade das partes, intervindo, redigindo e autenticando negócios, atos e até fatos jurídicos, com o objetivo final de garantir a segurança das relações contratuais e interpessoais, prevenindo litígios e colaborando para o bem-estar social elegendo os instrumentos adequados, conforme preceitua o artigo 6º, da Lei nº 8.935/94.

Segundo Leonardo Brandelli (2007, p. 127) os profissionais de notas passaram a exercer sua função social com independência, juridicidade, cautelaridade, imparcialidade, publicidade, rogação e tecnicidade, requisitos necessários para o exercício da mediação e arbitragem.

Neste artigo o próprio legislador fez questão de constar expressamente que o rol de competências compete exclusivamente aos tabeliões, porém, deve-se interpretar que essa exclusividade não compreende o ato material em si, isto é, a função de redigir os instrumentos, mas somente o ato de conferir fé pública ao que foi escrito sob sua responsabilidade pessoal e direta.

² Em que pese a Lei nº 8.935/94 utilizar expressões distintas para designar o titular do tabelionato de notas, “notário” no artigo 6º e “tabelião de notas” no artigo 7º, não há diferença entre eles, trata-se do mesmo profissional, sendo os dois termos sinônimos na tradição brasileira.

O artigo 7º da Lei nº 8.935/94 apresenta falha de técnica legislativa, pois andaria melhor o legislador se não houvesse relacionado às atividades do tabelião, como bem destaca Ceneviva (2002, p. 21): “O artigo relaciona doze atividades que não esgotam as possibilidades. Melhor seria fugir dessa especificação, até porque algumas das definições encontradas são obscuras”.

De acordo com a redação dos artigos 6º e 7º da Lei dos notários e registradores pode-se identificar as principais atividades exercidas pelo notário, sem prejuízo de outras funções de natureza acessória, mas tão importantes para o cumprimento do serviço público delegado.

Diante da quantidade expressiva de feitos ajuizados, sobrecarregando o Poder Judiciário e a competência de que são dotados os notários, foi publicada a Lei nº 11.441/07 que modificou dispositivos do Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5.869/ 73, e iniciou uma forte tendência de desjudicialização, atribuindo a esses profissionais competência para atuarem em inventários, partilhas, separações e divórcios, desde que observados os requisitos legais.

Para o bom exercício das atividades supra relacionadas é necessário que o notário observe os princípios aplicados à atividade e em especial o princípio da legalidade que irá traçar os limites de atuação desse profissional, sem prejuízo do respeito à dignidade humana.

Compete, portanto, ao notário cuidar da segurança dinâmica das relações interpessoais, uma vez que atua na constituição dos atos e negócios jurídicos, na formalização do “dictum”, na conformação e pré-constituição de prova com a devida fé pública, além da prestação de um eficiente serviço de aconselhamento e assessoria àqueles que o elegeram para dar validade jurídica às suas vontades, garantindo o equilíbrio entre as partes e atingindo o fim econômico ou social esperado pelos contratantes.

A intervenção do notário deve ser de forma ativa, observada a necessária imparcialidade e participando do ato de modo a evitar a confecção de instrumentos que não estejam aptos a produzirem os efeitos jurídicos descritos em lei, exercendo uma função de prevenção de lides, sem, contudo, praticar qualquer ato de natureza jurisdicional.

Diante desse arcabouço de atribuições legais, fica patente que o serviço que o notário presta à sua comunidade é de inegável essencialidade e possui caráter eminentemente social.

5.3 Atuação dos notários como mediadores e árbitros para a garantia da dignidade da pessoa humana

A atividade notarial tem como característica primordial o propósito de esclarecer e orientar os usuários, em especial os menos informados, por meio de linguagem acessível, indicando as diferenças da atuação do Poder Judiciário e os benefícios advindos dos mecanismos da mediação e arbitragem.

Os notários são profissionais do Direito, indispensáveis à administração da justiça, preparados para auxiliar os usuários do serviço de notas no gerenciamento dos conflitos, com vistas à pacificação, conhecendo as peculiaridades de cada instituto extrajudicial, seus princípios, conceitos, abrangências e operacionalização.

A imparcialidade do tabelião de notas, seu preparo jurídico, sua presença em quase todos os municípios do Brasil, seu dever de sigilo, a celeridade na confecção dos instrumentos públicos o insere na seara da mediação e arbitragem como forte candidato à execução desta atividade.

Importante destacar, que em outros países da Europa, como a França os notários já atuam como mediadores e chegam à solução de 80% dos casos demandados nesta esfera.

Como não existe legislação específica para o exercício pelo notário da mediação ou arbitragem, para Francisco José Cahali a atuação notarial como mediador poderia se dar dentro do contexto da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a mediação como um serviço público prestado pelo Poder Judiciário, que por sua vez, não possui estrutura suficiente para agir nesta seara.

Além da referida resolução o Conselho Nacional de Justiça também publicou a Recomendação nº 50/14 para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos, já que as resoluções alternativas de disputas (RAD) apresentam números muito favoráveis às partes, ao Poder Judiciário e ao Estado.

A Semana Nacional da Conciliação de 2014 fomentada pelo Poder Judiciário que disponibiliza toda sua estrutura resultou nos seguintes números extraídos do site do Conselho Nacional de Justiça³: 337.504 (trezentas e trinta e sete mil, quinhentas e quatro) audiências marcadas; 283.719 (duzentas e oitenta e três mil, setecentas e dezenove) audiências

³ Esse relatório pode ser baixado e conferido no seguinte link: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2014/SNC_global_final.pdf>.

realizadas; 150.499 (cento e cinquenta mil, quatrocentos e noventa e nove) acordos efetuados; percentual de acordos efetuados 53.05%; valor arrecadado homologado R\$ 1.246.188.755,79 (um bilhão, duzentos e quarenta e seis milhões, cento e oitenta e oito mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e nove centavos) e valor arrecadado para pagamento de Imposto de Renda e destinado ao Instituto Nacional do Seguro Social R\$ 11.473.167,08 (onze milhões, quatrocentos e setenta e três mil, cento e sessenta e sete reais e oito centavos)

A atividade de mediação e arbitragem realizadas pelos notários não acarretaria custo ao Estado, pois seria remunerada na forma de emolumentos pagos pelos usuários, já que há custos para o tabelião de notas. E para que seja colocada em prática o exercício da mediação e arbitragem pelos notários algumas adaptações jurídicas teriam que ser feitas na Lei nº 13.140/15 de Mediação na Lei nº 9.307/96 de Arbitragem, bem como na Lei nº 8.935/94 dos Registradores e Notários.

Ressalvadas opiniões em contrário, a Lei nº 9.307/96 de Arbitragem não prevê restrição à atuação dos notários, contudo, para evitar interpretações equivocadas a competência para realizar arbitragens está sendo reivindicada pela Associação Nacional dos Notários e Registradores (Anoreg-Br) que elaborou um projeto de lei, a ser encaminhado ao Congresso Nacional para regulamentar essa atribuição. A proposta visa alterar o artigo 14 da Lei nº 9.307/96, que trata desta matéria. O texto proposto terá a seguinte redação, “poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, ainda que titular de delegação do poder público e que tenha a confiança das partes”.

A reivindicação do exercício da mediação e arbitragem pelos notários tem como objetivo criar um mecanismo para aliviar os juzados especiais. O intuito é a utilização da capilaridade dos serviços notariais e o treinamento adequado dos notários para que possam atuar nesta seara. Todos os distritos e municípios brasileiros poderão ter um sistema de mediação e arbitragem dentro da serventia notarial.

Os tabeliães de notas teriam competência para arbitrar sobre títulos e conflitos na área cível, procedendo à instrumentalização da decisão por documento público e a homologação do acordo ou decisão não precisaria passar pelo crivo do Judiciário, democratizando o acesso à solução do litígio de forma célere, econômica e ampliando o exercício da cidadania.

O legislador atento às circunstâncias fáticas atuais de morosidade da Justiça deveria conferir apoio ao juízo arbitral como forma de superação das controvérsias, buscando incentivar, ainda mais, a utilização do juízo arbitral pelas partes, disseminando esta prática por meio dos notários.

O exercício da mediação e arbitragem pelos notários, que são os profissionais do Direito mais próximos e acessíveis da população, em especial a mais carente, assegura a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que todos têm direito à justiça social.

Os institutos alternativos de resolução de conflitos não podem servir apenas àqueles que possuem uma boa condição financeira, tenham acesso à informação e vivam em grandes centros urbanos, pois a justiça deve ser acessível a toda população, indistintamente, devendo haver a difusão e esclarecimentos suficientes sobre os referidos institutos.

Importante ressaltar, que a morosidade do Poder Judiciário fere direitos fundamentais dos cidadãos e que os meios alternativos de resolução de conflitos são importantes instrumentos de combate ao excesso de litigiosidade.

A problemática vivenciada é relativamente recente e tem fundamentos jurídicos para ambos os lados, há quem defenda a atuação dos notários como mediadores e árbitros, outros assumem a posição de que os notários estariam impedidos de atuar como árbitros ou ainda, de que não há autorização na Lei nº 8.935/94 para que atuem nesta atividade de resolução de conflitos.

Contudo, a própria essência da atividade notarial é condizente com os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, pois tem como função precípua a harmonização da vontade das partes transcrita em um instrumento público, assegurada sempre a imparcialidade dos notários em todos os atos que participam, tecnicidade, independência, autonomia, responsabilidade, confidencialidade, competência, credibilidade, empoderamento e validação, diligência dos procedimentos, boa fé, lealdade das práticas aplicadas, conhecimento jurídico, respeito à ordem pública e às leis vigentes e a garantia da segurança jurídica tão almejada.

A relevância social repousa na ideia de que a mediação e arbitragem são métodos de solução de conflitos mais céleres, menos onerosos, mais acessíveis à população e, sobretudo, seguros traduzindo-se em uma iniciativa vantajosa tanto para o Estado como para os cidadãos que teriam seus direitos fundamentais garantidos como o direito à informação, à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, à razoável duração do processo proporcionando meios que garantam a celeridade de sua tramitação, dentre outros.

Cumprir destacar, que a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo em uma decisão pioneira no país autorizou, com a edição do Provimento 17 de 2013, os cartórios paulistas a solucionarem conflitos por meio de atos de mediação e conciliação. Contudo,

referido provimento teve sua entrada em vigor suspensa por decisão do Conselho Nacional de Justiça que deferiu pedido cautelar da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo até deliberação final do mérito. A liminar foi concedida pela Conselheira Gisela Gondin Ramos que afirmou parecer que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estaria extrapolando sua competência no âmbito regulamentar e disciplinando matéria reservada exclusivamente à União Federal conferindo novas atribuições às serventias extrajudiciais.

Se desde o início da implementação da mediação e da arbitragem os notários tivessem sido incluídos como parte integrante do processo de resolução dos conflitos estes institutos provavelmente gozariam de maior popularidade e haveria uma maior utilização já que esses profissionais estão em contato direto com a população prestando esclarecimentos, orientando, assessorando as partes, que são funções inerentes à atividade.

Com o desconhecimento da matéria pela população e até por profissionais do direito e a regulamentação escassa a mediação e arbitragem são apenas adotadas por grandes empresas ou pessoas esclarecidas, que conhecem a realidade do Poder Judiciário Brasileiro, o que faz com que não seja aproveitado todo o potencial desses institutos, cuja desmistificação torna-se essencial para uma melhor utilização.

7 Considerações finais

A legislação sobre os métodos alternativos de solução de conflitos precisa ser mais conhecida pela população para que desta forma haja uma grande participação de toda sociedade e se evite o acionamento da máquina do Poder Judiciário para todos os casos de litigiosidade. Necessária a criação de uma nova cultura para a resolução dos conflitos e os tabeliães, profissionais tão acessíveis à toda população, podem atuar de forma a difundir os institutos, esclarecendo dúvidas e garantindo a efetividade e segurança dos acordos realizados no âmbito das serventias viabilizadas pela competência, fé pública e confiabilidade de que são dotados.

Com base na experiência de sucesso estrangeira observada no direito comparado e mediante a inclusão na Lei nº 8.935/94 da competência dos tabeliães para atuação nas Resoluções Adequadas de Disputas (RAD) e a reforma da Lei nº 13.140/15 de Mediação, e da Lei nº 9.307/96 de Arbitragem para constar os tabeliães como pessoas aptas à realização da mediação e arbitragem mais um passo será dado em direção à cultura da paz.

Os estudos doutrinários são importante fonte de pesquisa, em razão da legislação não ser vasta nesta seara, contudo, ainda não é uníssona a opinião da doutrina a respeito da possibilidade do exercício da mediação e em especial da arbitragem pelos notários.

Deverá ser analisada a questão da realização da mediação e arbitragem pelo tabelião de notas sob a ótica das implicações e possibilidades jurídicas previstas na legislação vigente, fornecendo subsídios à futura legislação e provimentos administrativos sobre a matéria, pois garantir a correta e uniforme utilização do instituto jurídico da mediação e arbitragem é garantir o respeito aos direitos fundamentais.

No momento da confecção de norma sobre a realização de mediação e arbitragem pelos profissionais de notas seria importante utilizar a legislação notarial para introduzir elementos de otimização da prática destes institutos.

A relevância dos institutos da mediação e arbitragem em toda a sociedade e principalmente em comunidades de baixa renda é indiscutível e o seu uso na solução de litígios é valioso instrumento de pacificação social garantindo a dignidade da pessoa humana.

A sociedade necessita de um ambiente saudável onde haja diálogo, consenso e interação pacífica para o seu desenvolvimento, garantido pela cultura da paz, em que a utilização de métodos alternativos de conflitos viabilizam a formação de composições amigáveis dotadas de eficiência para ambas as partes.

The performance of notaries in methods of extrajudicial arbitration dispute settlement and mediation to guarantee of human dignity

Abstract: Globalization has broken barriers and has given rise to a lot of interpersonal relationships, mostly ephemeral. In our times, everything happens faster in the world, which creates conflicts that need to be resolved swiftly. However, the current model of conflict resolution and the judiciary structure are insufficient to meet the growing number of conflicts and thus started a process of reducing judicial involvement demands with the publication of numerous laws that have created alternative methods of conflict resolution, including mediation and arbitration, which had good results in European countries. In Brazil these alternative methods are struggling because they are underutilized and lack credibility among

the population. It would be of great value the use of capillarity of notarial services, which are present in almost all Brazilian municipalities, and the structure, legal expertise, reliability and public trust that they are endowed notaries notes. Despite the preparation of these professionals of law and the immeasurable contribution to the guarantee of human dignity through rapid conflict resolutions with a good advice of the parties and legal certainty there is still no specific legislation authorizing them to act in this harvest and nor is consensus among scholars of law their participation in mediation and arbitration. A new paradigm must be broken so that notaries can be seen as strong employees of the judiciary and guarantors of fundamental rights for creating a free, just and solidary.

Keywords: Disputes. Mediation. Arbitration. Notary. Human dignity.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. **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). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

RUFINO, Marco A. **El proceso arbitral**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

□ Recebido: maio/2015. Aprovado: fevereiro/2016.

